

## Justicia de transición corporativa: la nueva generación de estudios transicionales

Eduardo Saad-Diniz (\*)(\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Generaciones de Justicia de Transición.— III. Autoritarismo y redes empresariales.— IV. Aprendizajes desde la perspectiva histórica y comparada.— V. *Corporate accountability*, complicidad y responsabilidad jurídica.— VI. Contribución, causalidad y acciones neutrales.— VII. Modalidades sancionatorias.— VIII. Obligación moral del sector privado frente a dinámicas autoritarias: el encuentro entre JTC y RPC.— IX. Prácticas restaurativas en una configuración transicional.— X. Nuevas posibilidades para la victimología corporativa.— XI. Conclusión: la JTC como nueva generación de estudios transicionales.

### I. Introducción

El ejercicio científico de la criminología consiste en la capacidad de extracción de consecuencias teóricas a partir de experiencias concretas. Diferentemente de la disputa entre ideaciones o “escuelas del pensamiento”, interesa mucho más encontrar recomendaciones estratégicas de acción con impacto constructivo en la vida en sociedad. Por el contrario, difícilmente sería posible establecer los vínculos entre criminología y sistema de justicia criminal y dejar que su aplicación práctica esté orientada por la gestión democrática de problemas sociales. Ciertamente, no sería necesaria más sofisticación que esta.

A lo largo de la historia, el pensamiento criminológico fue marcado por el análisis de los múltiples factores y por los intentos de generalización de una referencia teórica para la explicación de las causas del crimen y de las consecuencias de la criminalidad. En este proceso, John Braithwaite identifica la permanencia histórica de grandes líneas de pensamiento y empleo del método científico —las *big pictures*— y, con toda razón, acentúa que los criminólogos se dedican mayoritariamente al problema del método científico y a la cuestión de la selectividad, más netamente orientada por los retrocesos democráticos de la injusticia racial y teorías explicativas del crimen y de la criminalidad (1). En la búsqueda de una *big picture* propiamente brasileña, en principio parece no haber tantas divergencias. El empleo del método científico está alineado al discurso científico internacional, así como reproducimos los problemas de las condiciones carcelarias y de la selectividad racial.

Sin embargo, esta *big picture* quedaría incompleta si dejáramos de reflejar cierto protagonismo de la criminalidad corporativa, sobre todo en la última década en Brasil. Es verdad que la criminalidad corporativa también está alineada a la política criminal

internacional (2), pero al ampliarse el espacio de observación a las últimas seis décadas, trae algunas especificidades de alta indagación científica. Muchas corporaciones, grupos económicos, sectores de la industria y empresariado que estuvieron involucrados en el soporte financiero e institucional de la Dictadura Militar en Brasil (1964-1985) aún son protagonistas en la esfera pública. Incluso con relación a los episodios de *impeachment* de la expresidente Dilma Rousseff (2016) (3), incluso con relación al liderazgo de renovación de la ética en los negocios y a la implementación de programas de integridad, imponiendo una moralidad abstracta anticorrupción, contra un enemigo común. A pesar de todos los cambios en el plan político y constitucional, la red empresarial que soporta la economía nacional persiste con considerable protagonismo (4). La observación más detallada de las últimas seis décadas en Brasil permite afirmar que la ausencia de transición en el plan de las corporaciones es, definitivamente, una *big picture* (5) a ser investigada científicamente en Brasil (6).

Realmente sorprende esta afinidad entre los recientes escándalos corporativos y la red empresarial que sirvió de soporte para el régimen autoritario en Brasil. Muchas de las corporaciones involucradas en las recientes operaciones de *enforcement* ocuparon posiciones centrales en la financiación del autoritarismo en Brasil. Aún más delicado que esto, impresiona esta coincidencia entre actores que apoyaron la financiación de regímenes autoritarios y aquellos que siguen al frente de estructuras estratégicas del mercado nacional. Por consiguiente, se convive con un vacío moral con relación a la ascensión de dinámicas autoritarias, difundiendo en el mercado la retórica del compromiso por la integridad indiferentemente del compromiso democrático.

En función de estos presupuestos, la construcción del objeto científico de la Justicia de Transición Corporativa (JTC) par-

te de una hipótesis bastante básica: ¿cómo sería si las corporaciones asumieran el compromiso de reconocer su complicidad con tendencias autoritarias? ¿Cuál sería la configuración jurídica de esta complicidad y cómo ella podría inspirar iniciativas innovadoras en el ámbito corporativo, a partir de una percepción extendida de la complicidad moral con regímenes autoritarios? ¿Valdría solamente con relación al pasado, o reconocería la continuidad de ciertos vínculos con dinámicas autoritarias?

No se trata solamente de ausencia de transición con relación al régimen pasado. Lo que caracteriza a la JTC es la *relación de continuidad* y su capacidad de seguir conduciendo la moralidad corporativa. Más importante que demostrar la complicidad de redes empresariales es demostrar la evolución de su capital social luego del régimen autoritario, este es el elemento empírico que permitiría delimitar el *continuum* histórico (7). Una serie de estrategias de investigación podrían ser utilizadas para generar las necesarias evidencias científicas, tales como la verificación empírica de las transferencias patrimoniales a grupos específicos, por el análisis de convergencia entre los ciclos de desvalorización financiera, desreglamentación o concesión de crédito público y el rendimiento de las empresas, evaluación de la actuación de los bancos centrales. La finalidad de estas investigaciones debe concentrarse en comprender cómo las empresas actualizan históricamente las formas de captura regulatoria o incluso exploran ambientes regulatorios frágiles, con base en donaciones políticas, esquemas de corrupción o cartelización, preservando un inventario extraordinario de abuso de la confianza y del empleo de recursos públicos.

La alta indagación debe buscar desven- dar por qué, durante tanto tiempo, hubo silencio al respecto. La investigación sobre rendición de cuentas en el ámbito corporativo (*corporate accountability*) es aun

extremadamente deficitaria con respecto al rol del sector privado en la reconstrucción social de la democracia. Estos problemas centrales acaban induciendo a otra suerte de interrogantes: ¿por qué la dimensión económica estuvo por tanto tiempo alienada de los estudios transicionales? Llama la atención la forma en que los estudios transicionales se desarrollan paralelamente a la formación de un expediente político. La conveniencia de este atraso histórico consiste en el hecho de que esta cuestión tan delicada de la complicidad corporativa podría haber representado un obstáculo o inmovilizado cualquier otra estrategia de Justicia de Transición, generando una sobrecarga de intereses a ser acomodados (8). Y por supuesto que, desde la perspectiva de la configuración de la agenda político-criminal, la connivencia con la *problematic accountability* también impacta en el silencio con relación a las justificaciones morales de la criminalidad corporativa y a la desregulación de la actividad empresarial.

La idea de este ensayo es justamente explorar el referencial teórico explicativo sobre lo que podría ser la JTC como nueva categoría analítica en las ciencias criminales. Basado en esta convergencia entre estudios transicionales y criminología corporativa, se pretende desarrollar una llave teórica que abra el campo a nuevas recomendaciones estratégicas de acción práctica. Se espera organizar la referencia para una posible agenda de investigación que permita comprender cómo se operaron las redes empresariales. A partir de esta nueva categoría analítica con respecto a las posibilidades de atribución de responsabilidad moral y jurídica por la complicidad corporativa, se espera que se viabilicen verificaciones empíricas más consistentes sobre los vínculos entre complicidad corporativa y dinámicas autoritarias, mejorando sobre las modalidades sancionatorias y alternativas de restauración y reconstrucción social posconflicto.

### DOCTRINA

Justicia de transición corporativa: la nueva generación de estudios transicionales

Eduardo Saad-Diniz ..... 1

Prisión en tiempos de COVID-19

Carlos E. Llera ..... 10

Intimidación pública: *fake news* en época de pandemia (COVID-19)

Luciano Bianchi ..... 13

### BIBLIOGRAFÍA

Prueba del abuso sexual infantil

Autor: Julio C. Báez ..... 16

Por ahora, la proposición de la JTC atenderá al desarrollo de nueve tópicos, divididos en tres partes principales.

En un primer momento, se pretende presentar: 1) las generaciones de los estudios transicionales; 2) las relaciones posibles entre autoritarismo y redes empresariales y; de forma no exhaustiva y volcada a la discusión de procesos de aprendizaje: 3) la perspectiva histórica y comparada (Alemania, Argentina y Brasil).

En un segundo momento, se pretende discutir: 1) la extensión de la *corporate accountability* y su influencia en concepción de la complicidad y de la responsabilidad jurídica, juntamente con las nociones de: 2) contribución, causalidad, acciones neutrales y; 3) modalidades sancionatorias.

Finalmente, se pretende abrir el diálogo hacia la comprensión de: 1) la obligación moral del sector privado; 2) prácticas restaurativas de configuración transicional y; 3) nuevas posibilidades para la victimología corporativa.

## II. Generaciones de Justicia de Transición

La participación del sector privado en los regímenes autoritarios es un capítulo dejado de lado por los estudios transicionales. Ni siquiera entre los más recientes estudios sobre la materia se encuentra algo al respecto (9). No hay, al menos hasta el momento, consolidación de estos elementos

ni siquiera para permitir la categorización más consistente de una nueva generación justtransicional. Menos todavía se pueden apuntar posibles indicadores de efectividad da transición, reflejando las reformas, movilización de las tesis criminológicas, métodos empíricos aplicados, publicidad de base de datos y acervo, formulación de políticas públicas, iniciativas corporativas y satisfacción de las víctimas. Sólo recientemente se observan estudios sobre la responsabilidad de las corporaciones (10), o con relación específica a los desafíos de hacerse negocios en ambientes hostiles o en situación de transición, empezando la sistematización de los elementos y un referente descriptivo de este nuevo campo (11). Sin embargo, a pesar de los esfuerzos preliminares en rellenar esta laguna sobre la *accountability* de las corporaciones, estudios recientes no llegaron a desarrollar lo que podría representar la JTC en la condición de nueva categoría analítica.

Originalmente, los estudios transicionales se concentraron más en la organización del discurso y en la comprensión de sus dimensiones políticas, delimitando la estructuración, funcionamiento y las primeras movilizaciones en búsqueda de la verdad sobre las víctimas y los procesos de victimización de las atrocidades perpetradas en regímenes autoritarios (12). Por un lado, la investigación criminológica tomó por presupuesta la indiferencia histórica con relación a los crímenes contra la humanidad, ignorando el genocidio, desaparecimiento

forzado de personas, tortura, censura y sistemáticas violaciones de derechos humanos (13). Mucho menos se movilizan con mayor intensidad en lo que concierne a la complicidad de las multinacionales en la financiación de las atrocidades (14). Por otro, los estudios sobre la materia aún están concentrados en análisis dogmáticos sobre la legislación aplicable y los principales enlaces interpretativos (15), dedicando poca o ninguna atención a la víctima y a los procesos de restauración. A pesar de que algunos autores se hayan dedicado a explorar la complicidad corporativa (v. *infra*), este movimiento inicial aun no fue suficiente para una movilización más amplia en torno de la JTC, orientada a la realización del más elevado nivel de *corporate accountability* posible.

Por mucho tiempo, se justificó esta ausencia de las corporaciones debido a la necesidad estratégica de viabilizar otros “momentos de la Justicia de Transición”. De forma semejante, Ruti Teitel clasifica tres generaciones de la “genealogía” de la Justicia de Transición: 1) fase Postguerra Mundial; 2) fase Postguerra Fría; 3) llegada del Siglo XX, asociada a la intensificación de la globalización (16). A la clasificación de Ruti Teitel, David Sharp adiciona reflexiones sobre una posible cuarta generación, en la cual se incorporaría la necesidad de rendir cuentas y mayor movilización sobre una realización más consistente de la justicia económica (17). De hecho, tomando por base el expediente político, es bastante convin-

cente la división histórica en “momentos”, “fases” o “generaciones”. Hacer frente a la complicidad de las corporaciones desde el inicio del proceso de transición podría haber inmovilizado cualquier otra iniciativa transicional (18).

Internacionalmente, las justificaciones sobre la “invisibilidad” (19) del mundo corporativo se insertan o en la dinámica de la Guerra Fría, en que precisamente se esperaba de las corporaciones el liderazgo en contención del bloque soviético, o en la demanda de las propias empresas para que ejerzan protagonismo en la reconstrucción de las economías en transición (20). La atribución de responsabilidad a las empresas es una cuestión sensible, que involucra la comprensión del funcionamiento del mercado, dominación estratégica de mercados en nivel internacional, comprensión de los efectos colaterales de la responsabilización en la empresa y en la sociedad, además de la propia forma en que las empresas interactúan con las comunidades locales, generando contextos de dependencia comunitaria.

Desde una perspectiva doméstica, esta gradación tiene aún más sentido: primero, las víctimas son reconocidas; después, trabajadores y uniones sindicales; después, la revisión de las cuestiones identitarias y protección de la diversidad. Al menos es así como se interpretan las distintas generaciones de Justicia de Transición, incluso remontando a la experiencia de la transición en la postguerra. Las principales jus-

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto y Programa de Integración Latinoamericana de la Universidad de São Paulo (FDRP/PROLAM/USP), Brasil; Becario Productividad CNPQ.

(\*\*) Este ensayo corresponde a uno de los resultados parciales del Auxilio Regular FAPESP - “Politics turns, corporations remain: the undone Corporate Transitional Justice in Brazil” - (Proc. AR 2018/03863-3).

(1) BRAITHWAITE, John, “In search of Donald Campbell”. *Criminology and Public Policy*, 15/2016, ps. 417-437.

(2) HAGAN, John, “Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan”. Princeton: Princeton Press, 2010, p. 14 y ss.; en reseña a Hagan, LAUFER, William, “Commentary on ‘Who are the Criminals?’”. *Contemporary Sociology: a Journal of Reviews*, 42/2013, ps. 679-683.

(3) “FIESP declara apoio formal a *impeachment* de Dilma”. *O Estado de S. Paulo*, 14/12/2015.

(4) Véase también SAFATLE, Vladimir, “Uma junta financeira governa o País”. *Folha de S. Paulo*, 14/10/2016.

(5) Braithwaite observa que la ascensión de los estudios sobre construcción de la paz y justtransicionales es una estrategia promisor para dar mayor visibilidad y reconocimiento científico a las investigaciones producidas en el “global South”: “(...) For criminology to learn from the global South, it might become less criminological, more interested in learning lessons from peacebuilding mistakes in the South, more interested in putting into the balance the domination caused by criminals with the domination caused by those who punish them, more interested in domination prevention than crime prevention”, BRAITHWAITE, John. “Criminology, peacebuilding and transitional justice: lessons from the Global South”. CARRINGTON, Kerry *et al.*, (org) “The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South. Basingskote: Palgrave”, 2018, ps. 971-990. A pesar de la expansión de los mercados y de las recientes transformaciones en el ejercicio global del control social de la actividad empresarial, es increíble como en esta *big picture* la criminología corporativa sigue siendo un capítulo ignorado. En este ensayo, la delimitación no se refiere a los crímenes cometido por el Estado en cooperación con corporaciones (*State-corporate crime*, cfr. KRAMER, Raymond *et al.*, “The origins and development of the concept and theory of State-Corporate Crime”. *Crime and Delinquency*, 48/2002, ps. 263-282), sino a las posibles formas de atribución de responsabilidad, jurídica

o moral, al comportamiento corporativo socialmente dañoso que se realiza en complicidad con dinámicas autoritarias.

(6) Al dedicarnos a la cuestión transicional por primera vez, la judicialización fue vista con muchas reservas. En tono de oposición, alineamos la observación del caso brasileño a la tesis de que no se trata de superación del pasado, sino de las estructuras burocráticas administrativas del presente, SAAD-DINIZ, Eduardo, “El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, ps. 2076-2104; sobre las estructuras burocráticas administrativas, BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa em 1967”. TELES, Edson - SAFATLE, Vladimir (org.) *O que resta da Ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, ps. 77-90. Posteriormente, sometimos esta posición a una revisión y apuntamos que no se trata solamente de disputa por la organización administrativa del Estado, de tal forma que una comprensión más profunda de la Justicia de Transición en Brasil pasa por desafíos bastante más complejos de enfrentamiento de la complicidad de las corporaciones, SAAD-DINIZ, Eduardo - SPONCHIADO, Jessica, “La financiación corporativa de la dictadura militar en Brasil”. VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Luis *et al.*, (org) “Sociedad y fuerza pública ante los retos de la paz”. Bogotá: Ibáñez, 2016, ps. 435-463.

(7) KAUZLARICH, David. “A complicity continuum of state crime”. *Contemporary Justice Review: issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 6/2003, pp. 241-254.

(8) ROHT-ARRIAZA, Naomi. “Why was the economic dimension missing for so long in transitional justice? An exploratory essay”. BOHOSLAVSKY, Juan Pablo - VERBITSKY, Horacio, (org) “The economic accomplices to the Argentine Dictatorship: outstanding debts”. Cambridge: Cambridge Press, 2014, ps. 19-28. En sentido semejante, WALDORF, L. “Anticipating the past: transitional justice and socio-economic wrongs”. *Socio and Legal Studies*, 21/2012, ps. 171-186.

(9) SIKKINK, Kathryn, Justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W.W. Norton, 2011, p. 42 y ss.; SZABLEWSKA, Natalia - BACHMANN, Sascha-Dominik (org). “Current issues in Transitional Justice: towards a more holistic approach”. Heidelberg: Springer, 2015.

(10) SHARP, David, “Addressing economic violence in times of transition: toward a positive-peace paradigm for Transitional Justice”, *Fordham International Law Journal*, 35/2012, ps. 781-814; MICHALOWSKI,

Sabine (org), “Corporate accountability in the context of Transitional Justice”, Abingdon: Routledge, 2014, p. 254; VERBITSKY, Horacio - BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, (org) “The economic accomplices to the Argentine Dictatorship: outstanding debts”. Cambridge: Cambridge Press, 2016, p. 372; PAYNE, Leigh - PEREIRA, Gabriel, “Corporate complicity in International Human Rights Violations”, *Annual Review of Law and Social Science*, 12/2016, ps. 63-84.

(11) Laura García reorganiza el campo del conocimiento con énfasis en los derechos económicos y sociales, buscando, a su modo, interacciones con la criminología, justicia transformativa y procesos de reconstrucción social post-conflicto: “While this approach implies addressing all human rights, including violations of socio-economic rights, they have been questioned for their lack of clear conceptualisation and for producing a very limited impact in practice. It has been argued that moving towards the integration of socio-economic aspects in transitional justice would be desirable. However, research and practice should examine which transitional justice mechanisms would be able to integrate socio-economic violations and how do they need to be adapted to do so, depending on the needs and priorities of each context”. GARCÍA MARTÍN, Laura, “Transitional Justice, corporate accountability and socio-economic rights: lessons from Argentina”. London: Routledge, 2020, p. 38. Véase también CERNIC, Jernej Letnar. “Corporate accountability under socio-economic rights”. London: Routledge, 2019, p. 277 y ss.

(12) KRITZ, Neil. “Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes. Washington” US Institute for Peace, 1995, p. 9 y ss.; ELSTER, Jon. “Closing the books: Transitional Justice in Historical Perspective”. Cambridge: Cambridge Press, 2004, p. 77 y ss.; BUCKLEY-ZISTEL, Susanne *et al.*, (org). “Transitional Justice theories. London”: Routledge, 2014, p. 221; BRANTS, Chrisje *et al.*, (org) “Transitional Justice and the Public Sphere: engagement, legitimacy and contestation”. Oxford: Hart, 2017; MURPHY, Colleen. “The conceptual foundations of Transitional Justice”. Cambridge: Cambridge Press, 2017, p. 83 y ss.

(13) MAIER-KATKIN, Daniel *et al.*, “Towards a criminology of crimes against humanity”. *Theoretical criminology*, 13/2009, pp. 227-255. Se destacan algunos estudios teóricos e investigaciones empíricas que desafían la pertinencia de los estudios transicionales. Ampliar el concepto de justicia, de forma tal que optimice la satisfacción de quien es sometido a la victimización, es más importante que el sobre cultivo teó-

rico: “(...) Not a full measure of justice, but a spoonful of justice that has meaning for them”, NICKSON, Ray; BRAITHWAITE, John. “Deeper, broader, longer transitional justice”. *European Journal of Criminology*, 11/2013, ps. 445-463. Para resultados empíricos, NICKSON, Ray William. “Great expectations: managing realities of transitional justice”. Sydney: ANU, 2013, p. 460.

(14) HALDEMANN, Frank, ob. cit., ps. 498-517.

(15) En buena síntesis, SWENSSON JR, Lauro Joppert. “Punición para os crimes da ditadura militar: contornos do debate”. DIMOULIS, Dimitri (org) “Justicia de transición no Brasil”. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 y ss.

(16) TEITEL, Ruth. “Transitional justice genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*, 16/2003, ps. 69-94.

(17) SHARP, David. “Interrogating the peripheries: the preoccupations of fourth generation transitional justice”. *Harvard Human Rights Journal*. 26, 2013, ps. 149-78; SCHMID, Evelyne *et al.*, “Do no harm”? Exploring the scope of economic and social rights in Transitional Justice”. *The International Journal of Transitional Justice*, 8/2014, ps. 362-382; SZOKE-BURKE, Sam. “Not only context: why Transitional Justice Programs can no longer ignore violations of economic and social rights”. *Texas International Law Journal*, 50/2015, ps. 465-494.

(18) ROTH-ARRIATZA, Naomi, ob. cit., ps. 19-28. “(...) Given that initial transitions were conceived as short-term projects, socio-economic concerns were seen as new tasks for successor regimes in the transition period”, GARCÍA MARTÍN, Laura. ob. cit., p. 52; HALDEMANN, Frank *et al.*, “Transitional justice without economic, social and cultural rights?”. RIEDEL, Eibe *et al.*, (org) “Economic, social, and cultural rights? Contemporary issues and challenges”. Oxford: Oxford Press, 2014, ps. 498-517.

(19) MILLER, Zinalda. “Effects of invisibility: in search of the ‘economic’ in transitional justice”. *International Journal of Transitional Justice*, 2/2008, ps. 266-291.

(20) Laura García analiza la predominancia de la “construcción liberal de la paz” (*liberal peacebuilding*), vehiculando la idea de que las democracias de mercado serían más sustentables y menos propensas al conflicto, de forma tal que justifique la clemencia con el abuso de derechos socioeconómicos, GARCÍA MARTÍN, Laura, ob. cit., ps. 51-52. FORT, Timothy. “The role of business in fostering peaceful societies”. Cambridge: Cambridge Press, 2004, p. 109 y ss.; FORD, Jolyon. “Regulating business for peace”. Cambridge: Cambridge Press, 2015, ps. 37 y ss.

tificativas sobre la invisibilidad del empresario y de las corporaciones en el proceso de transición consisten en la demanda por la recuperación de la economía alemana y en la emergencia de contención del avance del bloque soviético (21). Si es verdad que esta evolución gradual viabilizó ganancias estratégicas en la reconciliación, la oportunidad histórica para la JTC no podría ser más apropiada, tanto por el grado de dependencia de los recursos corporativos de la sociedad mundial, como por la necesidad de *accountability* para motivar la resistencia moral frente a la ascensión de dinámicas autoritarias.

A su vez, la ausencia de datos sobre la complicidad corporativa es intolerable. Sin elementos que puedan demostrar los vínculos de esta complicidad (22), la propia dimensión de lo que es justo o de lo que sería una actividad empresarial legítima se pierde en valoraciones o ideaciones. Esta escasez de demostración empírica, además de perjudicar la determinación de los vínculos pasados, embota la comprensión de las formas latentes y actuales de complicidad en el presente. Para que la JTC tenga algún sentido práctico, sus efectos deben ir más allá de regímenes en transición o zonas de conflicto, llevando en consideración de los dos argumentos básicos: por el hecho de que los ordenamientos domésticos, en la mayoría de los casos, ni siquiera disponen de mecanismos jurídicos para lidiar con la atribución de responsabilidad en razón de la complicidad, y por el hecho de que las redes empresariales cómplices de dinámicas autoritarias mantienen conexiones con empresas multinacionales que operan globalmente. La ausencia de investigaciones más consistentes sobre la materia compromete no solamente nuevas concepciones teóricas o verificaciones empíricas sobre violación sistemática de derechos humanos en el ámbito corporativo, pero es perjudicial sobre todo a la legitimación de los procesos de responsabilización a las empresas, a la formulación de políticas públicas y a iniciativas privadas de reconocimiento, reparación y restauración.

Es preciso mayor intensidad en la movilización de investigación científica en torno de la JTC, y explorar nuevas prácticas sociales. La formación de una referencia científica sobre la JTC puede renovar la movilización sobre el reconocimiento, reparación y restauración de las atrocidades, en la exacta medida en que se desafía el

sector privado a asumir su rol de cómplice con dinámicas autoritarias. Esta nueva generación de estudios de transición sería esencial para crear nuevas capacidades y vehicular, con mucha más propiedad, la rendición de cuentas con las redes empresariales que siguen soportando la ascensión de dinámicas autoritarias en todo el mundo.

### III. Autoritarismo y redes empresariales

Los regímenes no-democráticos se caracterizan esencialmente por la supresión de libertades fundamentales. Conceptualmente, el autoritarismo aun atiende a un referente altamente especulativo en la ciencia política [netamente, a partir del referente arendtiano (23)], o, en el plan latinoamericano, a los estudios sobre la organización burocrático-autoritaria (24), o aún más recientemente, desde la perspectiva del constitucionalismo (25). Estas definiciones macropolíticas, sin embargo, tienden a remontar a los regímenes pasados, con poco énfasis en la evaluación de la continuidad. El riesgo de ideaciones es justamente obstruir la construcción de diálogo, dificultar el entendimiento de lo que sea complicidad y substituir prácticas sociales por explicaciones moralistas. Estudios más recientes procuran demostrar cómo este plan macro se expresa en la realidad cotidiana. Fue Karen Stenner quien especializó la noción de “dinámicas autoritarias”, a partir de la identificación de las causas-raíz (*root causes*) de la predisposición psicológica a la intolerancia y al rechazo en la aceptación del otro (26).

Teóricamente, la investigación científica de las interfaces entre dinámicas autoritarias y redes empresariales se alinea a un análisis crítico de la JTC y de sus posibles impactos en los sistemas de justicia domésticos y en iniciativas corporativas. Por un lado, tiende a comunicar la necesidad de una profunda revisión democrática de las políticas regulatorias, patrones legislativos y rediseño de las instituciones y estrategias de *enforcement*. Por otro, abre espacio para iniciativas corporativas que posibiliten mayor integración de los compromisos políticos democráticos y combinaciones institucionales, recomendando mayor protagonismo y liderazgo del sector privado en la reconstrucción social postconflicto, incluso a partir de la utilización de estrategias procesales y del uso de recursos de *compliance*, dándole voz a quien fue victimi-

zado. Este análisis crítico es lo que garantiza un referente democrático concreto —y no simplemente principalista— para la interpretación de la libertad y del abuso de la actividad empresarial. Es también lo que refuerza la interpretación de la integridad y comprometimiento con las víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

A pesar de esta referencia teórica, los estudios en este campo, cuando no están limitados a conflictos de agencia, análisis de diseños institucionales o a los costos del comportamiento desviante, dejan de enfrentar los procesos de causación de las atrocidades, de resolver las situaciones de complicidad, ignorando los procesos de victimización. Si la JTC fuera realmente capaz de rever el rol de las redes empresariales en la consolidación o desintegración de la vida social democrática, parece razonable esperar que ella también pueda promover estudios más consistentes y multidimensionales sobre el abuso corporativo de la confianza pública en dinámicas autoritarias. Más allá del esquema ideológico “autoritario”, lo que interesa verdaderamente a la JTC es identificar con mayor precisión los contornos del autoritarismo financiado por las redes empresariales y sus relaciones de continuidad con la vida cotidiana de los negocios. En el estudio de estas intersecciones entre sociedad, empresa y Estado, la JTC puede operar tanto en el nivel normativo de las justificaciones morales de dinámicas autoritarias, como en la verificación empírica de las causas-raíz de la complicidad corporativa (27).

La lectura realista es necesaria para establecer este *continuum*, aun ausente en la literatura sobre la complicidad de las corporaciones con regímenes autoritarios. Por esto es tan relevante identificar el tipo de complicidad con relación a lo *que aconteció* para determinar, desde una perspectiva sociológica más amplia, la construcción social sobre lo *que está aconteciendo*. Bajo esta llave realista, Sarah Chayes, por ejemplo, discute la formación de una “cleptocracia” que no solamente obstruye los procesos de transición y construcción de la paz, sino que también lleva al mundo a la ascensión del extremismo (28). Es así como se reconocen los vínculos entre dinámicas autoritarias y violaciones actuales de derechos humanos, y también es así como se deben reconocer los efectos deletéreos provocados por la formación de redes empresariales cóm-

plices de histórica falta de distribución de justicia y reproducción de desigualdad (29), resultando en un vacío transicional. Este vacío repercute, drásticamente, en el cotidiano de humillación y depresión, fuentes de retroalimentación de dinámicas autoritarias.

Los esfuerzos científicos para fundamentar la JTC a partir de elementos empíricos, sin embargo, son obstruidos por cierto rechazo de las empresas en abrir voluntariamente (*voluntary disclosure*) sus archivos. Las raras iniciativas corporativas de *accountability* son de baja densidad, persistiendo cierta reticencia en el reconocimiento de los vínculos con el pasado autoritario y dejando de considerar la expresión de su continuidad en el presente. Sin el comprometimiento de las redes empresariales, la mayoría de las investigaciones acaba sustentándose en pruebas indirectas de la complicidad. Y, para la categorización más adecuada de una JTC, es indispensable encontrar motivación auténtica en rendir cuentas y legitimar el discurso ético empresarial de forma indisoluble al compromiso democrático. De otra forma, difícilmente sería posible afectar las estructuras de mercado viciadas por la complicidad con dinámicas autoritarias.

### IV. Aprendizajes desde la perspectiva histórica y comparada

No es posible determinar la necesidad de una nueva generación de estudios transicionales desacompañada de la debida investigación historiográfica. Es claro que esta determinación y síntesis de fuentes en el campo de los estudios transicionales es tarea para un grupo entero de investigadores. En este ensayo, limitándose a la simple reflexión a partir de levantamiento bibliográfico, con la finalidad ilustrativa y sin la pretensión de un repertorio exhaustivo de casos, se pretende combinar perspectiva histórica y comparada, con el propósito de extraer de ella posibles lecciones con las experiencias históricas (por ahora, con referencia a las experiencias alemana, argentina y brasileña) (30), como un “proceso de aprendizaje” (*learning process*) (31).

La interacción entre sistemas corporativos y regímenes políticos no es toda una novedad en la historia moderna. En el período de las Grandes Guerras Mundiales ya se observa la “ambigüedad” y la “evasión de justicia” en la representación de los hechos

### { NOTAS }

(21) BILSKY, Leora. “The Holocaust, corporations, and the Law: unfinished business”. Michigan: Michigan Press, 2017, ps. 15 y ss.

(22) Con base en el cruzamiento de datos entre la *accountability* de las instituciones financieras y gastos militares (*military expenditures*) en la Argentina, BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; OPGENHAFFEN, Veerle. “The past and present of corporate complicity: financing the Argentinean dictatorship”. *Harvard Human Rights Review*, 2010, ps. 157-203.

(23) ARENDT, Hannah. “The origins of totalitarianism”. New York: Penguin, 1950.

(24) O’DONNELL, Guillermo. “Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários”. São Paulo: Vértice, 1987, p. 36 y ss.; véase también, ROUQUIÉ, Alain. “O Estado militar na América Latina”. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982, p. 31 y ss.; RAGO FILHO, Antonio. “Ideologia 64”. São Paulo: Tese-PUC, 1998, ps. 164 y ss.

(25) FRANKENBERG, Günther. “Autoritarismus: Verfassungstheoretische Perspektiven”. Frankfurt: Suhrkamp, 2020, ps. 212 y ss.

(26) Según el análisis de Stenner, la dinámica autoritaria consiste básicamente en proceso en el cual la predisposición individual interactúa con las condiciones sociales de amenaza normativa (*normative threat*), reaccionando adversariamente a lo que se contrapone a la autoridad del grupo o uniformidad. Stenner, con acuidad, diferencia autoritarismo de conservantismo - “(...) what marks out these stances as authoritarian

rather than conservative is the immovable fact that they tend to occur together across very diverse cultural contexts, when there is no shared theme to explain why they should be so other than general intolerance of difference”. A pesar de que ambos sean adversos a la diferencia, la predisposición a la intolerancia no significa necesariamente la configuración de *status quo* volcado a la eliminación del cambio social y de la preservación de libertades personales en detrimento de la intervención gubernamental en la economía (“*laissez-faire* conservador”). STENNER, Karen. “The authoritarian dynamic”. Cambridge: Cambridge, 2005, ps. 2, 13, 89, 326, 334. Sobre el *continuum* de las dinámicas de predisposición psicológica a la intolerancia, STENNER, Karen - HAIDT, Jonathan. “Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamic within liberal democracies”. SUNSTEIN, Cass (org). “Can it happen here? Authoritarianism in America”. New York: HarperCollins, 2018, ps. 190-242. La trayectoria intelectual de la complicidad corporativa con esta predisposición a la intolerancia debería tomar como punto de partida el elevado sentido criminológico de indignación moral con relación a la criminalidad de los poderosos, especialmente a partir de Edwin Sutherland, que llevaría a la indiferencia moral de los ejecutivos (SOLTES, Eugene. “Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal”. New York: Public Affairs, 2016, p. 33 y ss.) y a la ausencia de indignación moral con relación al crimen corporativo

(LAUFER, William. “Where is the moral indignation over corporate crime?”. BRODOWSKI, Dominik *et al.*, (org). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014, p. 19-32). Una argumentación teórica semejante es desarrollada por Christoph Burchard, en referencia a la “neutralización del proceso de deshumanización” de las víctimas de crímenes internacionales motivada por similar idea de superioridad, de tal forma que “(...) it may be the case that transnational corporations in particular have developed their own normative orders that override the disparate social structures and norms of their home jurisdictions”, BURCHARD, Christoph. “Ancillary and neutral business contributions to ‘corporate-political core crime’”. *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, ps. 919-946.

(27) Más sobre el análisis de *root causes*, ROTH-ARRIATZA, N., ob. cit., ps. 19-28. Es cada vez más recurrente en la literatura este debate entre interacciones sociales y causas estructurales (CLAMP, Kelly. “Restorative Justice in Transition”. London: Routledge, 2014, ps. 87 y ss.), a pesar de que es difícil pensar críticamente sobre relaciones entre individuos sin considerar las estructuras en que se operan; y es aún más difícil pensar sobre las estructuras sociales indiferentes a los individuos que interactúan en ellas. Explorando el hecho de que las investigaciones criminales han priorizado la responsabilidad individual, en lugar de mayor empeño con relación a las causas estructu-

rales del conflicto, GARCÍA MARTÍN, Laura, ob. cit., p. 52.

(28) CHAYES, Sarah. “Thieves of State: why corruption threatens global security”. New York: W.W. Norton, 2015, p. 319.

(29) ROTH-ARRIATZA, Naomi *et al.*, “A complementary relationship: reparations and development”. DE GREIFF, P. *et al.*, (org) “Transitional justice and development: making connections. New York”: SSRIC, 2009.

(30) La investigación en el campo histórico y comparado se encuentra en andamiento, sobre todo con relación a las posibilidades de aprendizaje histórica con las reparaciones por la esclavitud en los EE. UU. o la transición del *apartheid*, en Sudáfrica.

(31) En futuras investigaciones, se pretende analizar las secuencias de cursos causales y relaciones entre las varias experiencias históricas y casos de complicidad corporativa, tomando como base instrumentos de método propios del análisis histórico-comparado: FALLETTI, Tulia - MAHONEY, James. “The comparative sequential method”. MAHONEY, James *et al.*, (org). “Advances in comparative-historical analysis”. Cambridge: Cambridge Press, 2015, ps. 211-239; para el análisis del aprendizaje en las transferencias de iniciativas políticas de un campo para otro, DOLOWITZ, David - MARSH, David. “Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature”. *Political Studies*, 44/1996, ps. 343-357.

en la ausencia de la responsabilización (32). Al mismo tiempo en que se identifica sería complicidad con los regímenes totalitarios de la época, había una aterradora coincidencia entre empresas que también operaban a favor de intereses democráticos, haciendo mercancía de las atrocidades (33). En la experiencia de la complicidad de las empresas alemanas con el régimen nazi hay un amplio repertorio de casos involucrando investigaciones de contribución financiera al régimen, que inspiraron el surgimiento de discusión especializada en torno de un “derecho penal internacional económico” (*Wirtschaftsvölkerstrafrechts*) (34). Dos experiencias, sin embargo, son particularmente emblemáticas para comprender la JTC más allá de los límites de la atribución de responsabilidad jurídica: *IBM (International Business Machines)*, icónica representante del *Corporate America*, y *Siemens*, empresa central para el desarrollo económico alemán. Edwin Black fue quien apuntó que *IBM*, incluso a pesar de haber contribuido con la logística de los transportes y operativa de los campos de concentración, y hasta proveído la tecnología para clasificación y exterminio de los cautivos, no figuró en las *black lists* de empresas cómplices del régimen Nazi (35). *Siemens* fue pivote de la organización social de la producción en Alemania y del proceso de “militarización de la economía alemana”, habiendo amplio acervo histórico (36) sobre la complicidad de sus directivos durante sistemáticas violaciones de derechos humanos durante el Holocausto (37). A pesar de esto, la atribución de responsabilidad a la empresa no fue más allá del reconocimiento oficial de su contribución. De hecho, *Siemens* volvió a ocupar una posición de liderazgo en el proceso de reconstrucción de Alemania en la Postguerra.

En “Holocaust, Corporations, and the Law”, Leora Bilsky, a partir de sólidas representaciones de historia económica y de expresión victimológica del Holocausto, contribuye decisivamente a la comprensión del rol de las empresas en los estudios transicionales. Bilsky analiza con riqueza

de detalles los enclaves de la judicialización de la restitución por las atrocidades del Holocausto, investigando las iniciativas de los bancos suizos y de las empresas alemanas. La lógica de investigación también sigue la verificación de los aspectos estructurales y la organización burocrática de los crímenes cometidos por el autoritarismo nazi y sus vínculos con la cooperación del sector privado. Bilsky se apoya en una inteligente argumentación teórica, demostrando la centralidad de la victimización colectiva para la determinación del carácter colectivo de la culpa y del compromiso moral de reconocimiento, reparación y restitución (38).

Entre las experiencias internacionales igualmente relevantes para la investigación, el caso argentino asume especial destaque (39) y, dadas las afinidades del autoritarismo en Latinoamérica, puede ser particularmente revelador. Se observan históricamente casos de alta relevancia, como los procesos contra *Mercedes-Benz*, *Ledesma*, *Ford Motors*, *La Fronterita*, *Techint SA* y *Papel Prensa* (40), y esquemas de desvío de recursos públicos para las corporaciones. Las empresas no se beneficiaban simplemente a partir de inversiones directas, sino también por la deuda pública y deterioración de las finanzas públicas. En últimas consecuencias, es la maniobra de la agenda económica que lleva a ciclos de privatizaciones. Tal como demostrado por Horacio Verbitsky y Juan Pablo Bohoslavsky, esta práctica sistemática es conocida como “compra de lealtad civil de sectores estratégicos de la industria por parte del Estado” (41).

Bajo la coordinación de Eduardo Basualdo, se produjo un relato científico muy interesante para determinar los vínculos y la complicidad del *Banco de la Nación* y los períodos de dictadura militar en la Argentina. La estrategia de investigación consistió en demostrar cómo las instituciones financieras fueron esenciales para la manutención del modelo económico militar y cómo los préstamos a las Fuerzas Armadas fueron

decisivos en la estructuración de las graves violaciones de derechos humanos del período. El *Banco de la Nación*, a pesar de haber tenido un rol marginal en el mercado financiero a nivel internacional, fue suficientemente influyente para ser considerado el “brazo financiero” del aparato represivo de Estado argentino, financiando el complejo industrial militar, canalizando los recursos destinados a financiar el dispositivo bélico y represivo de las Fuerzas Armadas. Basualdo *et al.*, demostraron que la complicidad de las instituciones financieras fue fundamental para la implementación de la política de crédito, insubstituible para el funcionamiento de la producción agropecuaria, principal base de la cadena de producción argentina, revelando, incluso, articulación entre las redes empresariales brasileña y argentina, con mutuas concesiones de créditos y financiación del aparato militar (42). Esta demostración de la “red de redes empresariales” que financiaron el militarismo en Latinoamérica es una agenda muy promisor. Sería bastante posible cruzar la *accountability* de instituciones financieras brasileñas y argentinas (43) y el recorte transicional podría extraer de los resultados una mejor comprensión de la *accountability* (especialmente la bancaria) y un tratamiento más consistente de las cuestiones del secreto y confidencialidad (*v. infra*).

Sobre el caso brasileño, interesa por ahora solamente delimitar las características elementales de la red empresarial que financió el régimen autoritario y exponer, a partir de nuestra experiencia histórica, la relación de continuidad como una de las cualidades esenciales de la JTC. Leigh Payne analizó la tolerancia de las élites brasileñas en la sustentación del régimen autoritario (44) y, posteriormente, su rearticulación en favor de la apertura del régimen, motivada por elevados costos financieros y políticos. Más tarde, juntamente con Gabriel Pereira, las investigaciones adquirieron sofisticación, basadas en la convergencia de métodos de investigación (ética de los negocios, derechos humanos y Justicia de

Transición) y en combinaciones bastante reveladoras sobre la complicidad de las corporaciones con el régimen autoritario en Brasil (45).

La experiencia brasileña sigue siendo muy limitada en términos de fuentes históricas —fuentes no organizadas en la literatura y relatos que integran los Informes de la Comisión Nacional de la Verdad y Justicia, y de los estados, como la Comisión Rubens Paiva, del Estado de São Paulo—, y lo que se puede inferir de los elementos en ellas observados se refiere solamente al énfasis en la mediación de red empresarial liderada por la *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)* (46). De acuerdo con testigos que constan de la relevación de datos de las comisiones, la *FIESP* ofreció cuantías substanciales de dinero para soportar el aparato represor. En las dependencias de la *FIESP* tenía lugar el encuentro entre directivos y militares en su propiedad privada, y articulaba dinero de muchas de las empresas icónicas que apoyaron el régimen, gestionando la financiación de los gastos militares y medidas represivas perpetradas por la *Operação Bandeirantes (OBAN)*, el *Departamento de Ordem Política e Social (DOPS)* y el *Departamento de Operações de Informação-Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI)*, las marcas más famosas de la truculencia en el País (47). Lo que es aún peor, la complicidad se extiende a la presencia de los EE. UU., en Brasil durante el Régimen Militar, habiendo una serie de relatos y de documentos evidenciando que el Cónsul de los EE. UU., en la época visitó el DOPS y el DOI-CODI en sesiones de tortura, juntamente con CEOs de alto eslabón (48).

En el caso brasileño, no se trata de mera coincidencia entre gastos militares, *accountability* bancaria y performance económica de sectores de la industria. Lo que falta investigar con mayor precisión es la relación de continuidad entre la red empresarial que financió la Dictadura Militar (49), la red empresarial inscrita en el cerner de las operaciones de *enforcement* ante escán-

## { NOTAS }

(32) Sobre esta ambigüedad en la atribución de responsabilidad penal a las empresas, SAAD-DINIZ, Eduardo. “Brasil v. Goliath: 30 años de la responsabilidad penal empresarial y tendencias en *compliance*”. REYNA, Luis *et al.*, (org) “Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Lima: Ideas, 2018, ps. 545-579.

(33) ALLEN, Michael. “The business of genocide: the SS, slave labor, and the concentration camps”. London: Chapel Hill, 2005, p. 57 y ss.; STEL, Nora. “Business in Genocide: understanding and avoiding complicity”. *IZA Discussion Paper*, 9743/2016, ps. 4-20.

(34) BUSH, Jonathan. “The Pre-History of corporations and conspiracy in International Criminal Law: what Nuremberg really said”. *Columbia Law Review*, 109/2009, ps. 1095-1261; JESSBERGER, Florian. “Die IG Farben vor Gericht: von den Ursprüngen eines ‘Wirtschaftsvölkerstrafrechts’”. *Juristenzeitung*, 2009, ps. 924-932; véase también los debates en BUNG, Jochen. “Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht?”. JESSBERGER, Florian *et al.*, (org) *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015, ps. 129-144; en profundidad, AMBOS, Kai. “Wirtschaftsvölkerstrafrecht: Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen”. Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 7 y ss.

(35) Basado en el Informe Carter - *International Business Machines Corporation*, de 1944, BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*. Rio de Janeiro: Campus, 2001. ps. 87 y ss.; es bien amplia la literatura sobre la complicidad de las empresas en el período Nazi. Para un análisis contundente sobre la alianza Krupp/Heidegger/Hitler ANDREASSI CIERI, Alejandro. “Arbeit macht frei: el trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)”. Espanha: FIM, 2004. ps. 306 y ss.

(36) Rudolf Bingel, por ejemplo, director de *Siemens* en este período, mantuvo relaciones de negocios con el General de la SS, Heinrich Himmler, y actuó en nombre de la compañía para mover la máquina de exploración de los campos de concentración, expropiación de compañías de los territorios invadidos, y articulación de los negocios en cooperación con la SS.

(37) RAMASASTRY, Anitta. “Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon: an examination of force labor cases and their impact in the liability of multinational corporations”. *Berkeley Journal of International Law*, 20/2004, ps. 91-159.

(38) Las implicaciones sobre la implementación concreta de la transición a partir de las tesis de “justicia procedimental” (*procedural justice*) merecen el cuidado de una investigación específica. BILSKY, Leora, *ob. cit.*, ps. 166 y ss.

(39) En *dossier* elaborado por el Ministerio de Justicia argentino sobre la responsabilidad de los empresarios por violación de derechos humanos en la última dictadura argentina, con delimitación en la identificación de los vínculos entre las corporaciones y las prácticas de represión a los trabajadores bajo comando de las Fuerzas Armadas. El *dossier* está basado en cosecha de evidencias y sistematización de los casos, con observación de las directrices del Ejército, entrega de información, aporte de recursos, logísticas y materiales, instalación de centros clandestinos de detención y secuestro colectivo en las propias fábricas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*. Tomos I y II. 2015. Véase también CAVANA, Leonardo. “Responsabilidad empresarial e terrorismo de Estado na Argentina”, CIDH, 2016.

(40) GARCÍA MARTÍN, Laura, *ob. cit.*, ps. 179-188.

(41) BOHOSLAVSKY, Juan Pablo - OPGENHAFEN, Veerle, *ob. cit.*, ps. 157-203; CASTELLANI,

Ana, “Estado, empresas y empresarios. La construcción de ámbitos privilegiados de acumulación entre 1966 y 1989”, *Prometeo*, Buenos Aires, 2009, p. 290; véase también PUCCIARELLI, Alfredo, “Empresarios, tecnócratas y militares: la trama corporativa de la última dictadura”, *Siglo Veintiuno*, Buenos Aires: 2002, p. 200.

(42) Tal como acentúa Basualdo, “(...) a decir verdad, no se trató de meras acciones arbitrarias adoptadas por el directorio en favor de determinados intereses empresarios como el caso del Banco Ganadero y sus firmas asociadas a través del funcionamiento de la ‘mesa de dinero’ de la institución, (...), sino que llevó a cabo una política cuyo objetivo fue impulsar un achicamiento institucional interno en favor de la expansión financiera del sector privado, así como la acentuada ampliación del crédito internacional para la incorporación de divisas que permitieran la consolidación de la valorización financiera y el financiamiento del Estado dictatorial”. Ampliamente sobre esto, los estudios reunidos en BASUALDO, Eduardo *et al.*, (org), “El Banco de la Nación Argentina y la Dictadura: el impacto de las transformaciones económicas y financieras en la política crediticia (1976-1983)”, *Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2016, p. 320.

(43) Véase, por ejemplo, BOHOSLAVSKY, Juan Pablo - TORELLY, Marcelo. “Financial complicity: the Brazilian Dictatorship under the ‘macrocospe’”. SHARP, David (org) “Justice and economic violence in transition”, New York: Springer, 2014, ps. 233-262.

(44) PAYNE, Leigh, “Brazilian industrialists and democratic change”, Baltimore: Johns Hopkins Press, 1994, p. 248.

(45) PAYNE, Leigh - PEREIRA, Gabriel, “Corporate complicity in International Human Rights violations”, *The Annual Review of Law and Social Science*, 12/2016, ps. 1-22.

(46) BARBOSA, Célio, “A FIESP e o Estado Novo:

de escudeiros a opositores (uma breve história do empresariado industrial paulista e a crise do regime autoritário) - 1979 a 1985”, São Paulo: Dissertação-USP, 2018, p. 125 y ss.; véase también FOLHA DE S. Paulo, “Papéis de militares expõem atuação da FIESP no Golpe de 64”, 01/06/2014.

(47) En la experiencia brasileña, el aparato represor se articulaba con el IPES (Instituto de Investigaciones Sociales), en que se formulaban la orientación estratégica de la agenda militar, incluso por medio de la educación ejecutiva. Sobre la centralidad de los gestores educados en esta línea, DREIFUSS, René Arnaud, “1964: a conquista do Estado”, Rio de Janeiro: Petrópolis, 1981, p. 140. Beatriz Kushnir, en “Cães de Guarda”, demuestra como Delfim Netto, preeminente académico de la Universidad de São Paulo y ministro de la Economía durante el régimen militar en Brasil, fue personalmente responsable por la mediación de los acuerdos entre la FIESP, el mundo corporativo y el aparato represor de la OBAN (KUSHNIR, Beatriz, “Cães de Guarda”, São Paulo: Boitempo, 2004, p. 404). En *Brasil Nunca Mais e Memórias de uma Guerra Suja*, se puede observar que OBAN, DOI-CODI y el DOPS utilizaron la infraestructura privada de una serie de empresas para secuestrar, mantener cárcel privado y torturar, GUERRA, Cláudio, “Memórias de uma guerra suja”, Rio de Janeiro: Tropbooks, 2012, p. 291.

(48) Más sobre, BANDEIRA, Moniz, “Brasil - Estados Unidos: a rivalidade emergente (1950-1988)”, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

(49) Más sobre, COGGIOLA, Osvaldo, “Governos militares na América Latina: a era das ditaduras Chile, Argentina e Brasil, luta armada e repressão”, São Paulo: Contexto, 2001, p. 51; SENRA, Álvaro de Oliveira. “Após Geisel: crise do desenvolvimentismo e afirmação do neoliberalismo no Brasil”. FREIXO, Adriano *et al.*, (org) “A ditadura em debate: Estado e sociedade nos anos do autoritarismo”, Rio de Janeiro: Contra-

dalos corporativos y la red empresarial que mueve la retórica de la renovación de la cultura organizacional. En la historiografía brasileña, difícilmente se encuentran empresas que no hayan mantenido conexiones con la OBAN, o que el Estado dictatorial no haya creado ambiente fértil para las constructoras nacionales. Irónicamente, estas empresas figuran como protagonistas de la Operación Lava Jato, como enfatizado en la monografía “Estranhas catedrais” (50). En verdad, hay todo un expediente político favorable a la continuidad de la ignorancia y complicidad moral con relación a las injusticias sociales.

Aun sobre esta relación de continuidad de la complicidad de red empresarial en Brasil con el régimen autoritario, incluso como forma de justicia no realizada (51), dos eventos recientes merecen destaque, uno de ellos involucrando complicidad de institución financiera, y otro de la industria automovilística. La complicidad de las instituciones financieras con regímenes autoritarios tiende a ser altamente lucrativa y no fue diferente en Brasil. En 1967, el *Banco Itaú* ocupaba la octava posición en el sector bancario, pero deja el régimen con la adquisición de centenas de agencias en todo el país, como indicado por la Comisión Nacional de la Verdad. Curiosamente, en el año de 2014, este banco estuvo involucrado en una situación judicial delicada, por haber publicado un calendario (“folhinha”) en que se celebraba el día 31 de marzo de 2014 (los 50 años del Golpe Militar en Brasil). Además de *recall*, poco se sabe sobre cualquier otra iniciativa o apología debida (52).

Más recientemente, *Volkswagen (VW)* fue indiciada por la Fiscalía Federal debido a violaciones de derechos humanos durante la dictadura Militar brasileña, sin que, sin embargo, haya tenido impacto más substancial. Bajo coordinación del historiador alemán, Christopher Kopper, *VW* elaboró un parecer que evalúa su rol durante el período, cuyas principales tesis consisten en: 1) que *VW* fue forzada a expandir el parque industrial, a causa de las políticas protec-

cionistas de los militares; 2) que *VW* reconoce que algunos ejecutivos eran de hecho exmilitantes del régimen Nazi, haciendo hincapié en la orientación conservadora de estos individuos (hábilmente escindiendo, conforme interpretamos, la postura individual de la cultura corporativa, dada la tendencia a la neutralidad de la complicidad de la *VW* en el período dictatorial); 3) que *VW* estaba integrada a la *FIESP*, pero niega que haya ofrecido apoyo financiero; 4) que *VW* reconoce que ex-CEO de la empresa celebraba el secuestro de representantes de los sindicatos; 5) que *VW* reconoce haber empuñado políticas de sueldo a bajo costo y haber explotado un ambiente legislativo frágil para manipular la relación con los sindicatos; 6) que *VW* reconoce el uso de vehículos con fines de transporte militar, a pesar de cuestionar otra forma de contribución por falta de evidencias consistentes; 7) que *VW*, a pesar de haber reconocido su rol, coloca en duda la colaboración entre la seguridad privada de la empresa y la policía; 8) que *VW* reconoce la indiferencia con relación a la debida diligencia y *background check* de personas vinculadas al régimen Nazi (53). Se trata de un documento muy importante para la comprensión de la complicidad de las empresas con la dictadura brasileña, pero que aún está lejos de lo que se espera con la JTC. El diálogo que se espera con el sector privado para la reconstrucción social postconflicto es otro.

#### V. Corporate accountability, complicidad y responsabilidad jurídica

El dominio del conocimiento sobre las prácticas transicionales en el ámbito corporativo es esencial para dimensionar mejor los múltiples niveles de victimización y violación de derechos humanos. Es también lo que permite fundamentar, con más consistente evidencia científica, mecanismos de responsabilización, jurídica y moral, acompañados de estrategias viables de restauración. Sin esto, difícilmente se puede esperar mayor influencia del sector privado en el uso de sus recursos con fines de rendición de cuentas de las empresas con el proceso

democrático. Para la construcción de la categoría analítica de la JTC, hay cuatro etapas fundamentales: a) *corporate accountability*; b) complicidad; c) atribución de responsabilidad jurídica y moral; d) reconstrucción social postconflicto. Por ahora, serán discutidos solamente las tres primeras. Responsabilidad jurídica y moral serán analizadas en dos tópicos distintos.

El estudio de la complicidad corporativa tiene por finalidad definir dos capítulos esenciales de la JTC: 1) el tipo de comportamiento corporativo que podría ser comprendido como *corporate accountability* por violación de derechos humanos; 2) la modalidad sancionatoria. Conceptualmente, ella se refiere a la contribución al comportamiento corporativo socialmente dañoso. Más recientemente, esta contribución no se limita a su configuración jurídica, abriéndose a manifestaciones de complicidad moral, según el gusto de recomendaciones más recientes en el campo de la relación entre empresa y derechos humanos.

Las posibilidades de aplicación práctica de la responsabilidad empresarial se depuraron históricamente con ambientes regulatorios frágiles, ausencia de mecanismos de *enforcement* y enclaves puestos al proceso penal empresarial (54), en un escenario generalizado de falla moral del sistema de justicia criminal. No es por casualidad que se recurre a la litigación en el campo de los derechos humanos, a pesar de que haya también allí una serie de dificultades de armonización de los criterios en el ejercicio de la jurisdicción y articulación de tratado internacional (55), insuficiencias institucionales o legislativas en los contextos domésticos (56), además de la nada fácil tarea de delimitar lo que es un derecho humano [la extensión de su violación, su conexión con una obligación positiva de protección, cómo y bajo qué nivel de individualización de comportamiento está o no vinculado a un proceso de victimización en el ámbito corporativo (57)]. Sirviéndose de este uso estratégico de los derechos humanos para atraer el interés de la prestación jurisdic-

cional —y, de alguna manera, vehicular la voz de las víctimas—, Paige Arthur, de forma bastante sugerente, apuntó cómo la Justicia de Transición, sino decisiva, fue al menos el comienzo de la movilización de actores estratégicos para remodelar las dimensiones de la *corporate accountability* y la propia concreción de los derechos humanos (58). Kathryn Sikkink llegó incluso a elaborar la noción de “justicia en cascada” (*Justice Cascade*), estableciendo correlaciones entre *law enforcement* de derechos humanos y cambios en el plan político (59). El uso estratégico de la litigación en derechos humanos, como no podría dejar de ser, es muy criticado, tanto por su carácter excesivamente idealista (60), a veces hasta ingenuo, como por el hecho de que no siempre son necesarias las mediaciones políticas de derechos humanos para promover iniciativas corporativas con propósito ético.

Tradicionalmente, esta interfaz entre empresa y derechos humanos remonta a los estudios originales de John Ruggie (61), que resultaron en los Principios Orientadores sobre Empresas y Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en 2011. En el intento de delinear la *accountability* de las corporaciones, Ruggie también desarrolló la noción genérica de “esfera de influencia”, el ámbito de protección de los derechos humanos por el que las empresas podrían ser responsabilizadas en hipótesis de violación (62), llegando inclusive a influenciar los contornos de programas de *compliance* en derechos humanos, especialmente orientados a organizaciones empresariales que operan en contextos de corrupción masiva, zonas de conflicto o situaciones con un elevado riesgo de que la complicidad pueda ocurrir. Sin embargo, la expectativa de comportamiento cooperativo voluntario a cerca de las medidas propuestas por la ONU no parece haber resultado en efectividad de políticas regulatorias. Más allá del clásico paradigma voluntarista que integra el derecho internacional (63), el concepto de complicidad no es definido en los Principios Orientadores de forma suficientemente clara para permitir

#### { NOTAS }

ponto, 2005, ps. 186 y ss.

(50) CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira, “Estranhas catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar”, 1964-1988. Juiz de Fora: Eduff, 2017, p. 444.

(51) SOARES, Inês Virgínia; FECHER, Viviane. “Empresas privadas e violações de direitos humanos: possibilidades de responsabilização pela culpabilidade com a Ditadura no Brasil”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. 10/2013, ps. 390-431.

(52) SOARES, Inês Virgínia - BOHOSLAVSKY, Juan Pablo - TORELLY, Marcelo, “Responsabilidade empresarial”, *Folha de S. Paulo*, 06/03/2016.

(53) El estudio aborda aun la relación de la administración de la VW del Brasil y de la matriz alemana con el liderazgo político durante la dictadura, analizando cuáles son los intereses económicos personales, cuál es el ideario colonialista y qué estereotipos políticos y estructuras oportunistas económicas fueron determinantes para la actitud frente al gobierno de la dictadura y durante esta. El informe de la VW apunta privilegios tributarios específicos y políticas de incentivo y de la política cambial, valiéndose de las cuestiones internas y de la política judicial de la dictadura, además de complicidad en la negación de derechos básicos al trabajador, KOPPER, Christopher, “A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985”, Wolfsburg: Dieter Landerberger, 2017, p. 112 y ss.

(54) “(...) investigations and prosecutions are difficult and cost-intensive. In situations of political transition, as well as ongoing conflicts, impunity is widespread, so often efforts of fact-finding are limited to concentrating on the direct perpetrators and the ‘main’ atrocities. It is thus paradoxical that, since business actors generally operate in these contexts, their involvement in human rights abuses and crimes is often not at the center of investigations, either in national or international prosecutions or in UN missions or

transitional justice mechanisms”. GARCÍA MARTÍN, Laura, ob. cit., p. 83. Para la comprensión de los límites de atribución de responsabilidad jurídica a las empresas, ENGELHART, Mark. “International criminal responsibility of corporations”. BURCHARD, Christoph *et al.*, (org) “The Review Conference and the Future of the International Criminal Courts”, Alphen: Kluwers, 2010, ps. 175-190.

(55) Tal vez haya exceso de expectativa en torno de un tratado internacional que regule la violación de derechos humanos en el ámbito corporativo, DEVA, Surya. “Scope and proposed Business and Human Rights Treaty: navigating through normativity, law and politics”. DEVA, Surya *et al.*, (org) “Building a treaty on Business and Human Rights”, Cambridge: Cambridge Press, 2017, ps. 154-183; con énfasis en el *enforcement* de obligaciones *directas* a las corporaciones definidas en el ámbito internacional, LÓPEZ, Carlos. “Human Rights legal liability for business enterprises: the role of an international treaty”. DEVA, Surya *et al.*, (org) “Building a treaty on Business and Human Rights”. Cambridge: Cambridge Press, 2017, ps. 299-317. Véase también CLAPHAM, Andrew, “Human Rights Obligations of Non-State Actors”, Oxford: Oxford Press, 2006, ps. 437 y ss.; CLAPHAM, Andrew. “Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are we now?”. LAFONTAINE, Fannie *et al.*, (org) “Doing Peace the rights way”, Cambridge: Intersentia, 2019, ps. 11-35.

(56) CAHILL-RIPLEY, A. “Foregrounding socio-economic rights in transitional justice: realizing justice for violators of economic and social rights”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32/2014, ps. 183-213; ZERK, Jennifer. “Corporate liability for gross human rights abuses: towards a fairer and more effective system of domestic law remedies”, *UN High Commissioner Report*, 2013, p. 114.

(57) “Human suffering and consequently human

rights are prominent issues of concern to many stakeholders, and corporations are therefore expected to consider human rights in their international activities. However, as human rights issues are given different priority and contents by stakeholders, corporations are faced with a multitude of expectations and non-expectations from various organizations, grassroots, investors, consumer, and other stakeholders. Often such expectations are expressed in various principles, guidelines and codes of conduct of different scope, detail and realism, allowing corporations no possibility of meeting all such, often single-minded or even contradicting, expectations. No definitive answer is given to the scope of human rights responsibility corporations should apply”, ADDO, Michael, “Human rights standards and the responsibility of transnational corporations”. Haag: Kluwer, 1999, p. 171-186. Sin embargo, es preciso tener mayor claridad sobre las conductas que serán sometidas a la responsabilización, KUBICIEL, Michael. “Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht: eine europäische Herausforderung - Kölner Papier zur Kriminalpolitik”. Köln: Universität zu Köln, 5/2016, ps. 2-15; PIETH, Mark. “Corporate compliance and Human Rights: setting the scene”. *Criminal Law Forum*, 29/2018, ps. 595-601; en perspectiva crítica y más alineada a la experiencia latinoamericana, BÖHM, María Laura. “Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico”. *Revista Crítica Penal y Poder*, 13/2017, ps. 41-65

(58) ARTHUR, Paige. “How ‘transitions’ reshaped human rights: a conceptual history of Transitional Justice”. *Human Rights Quarterly*, 2009, ps. 321-367; BERNAZ, Nadia, “Business and Human Rights: history, law, and policy—bridging the accountability gap”. London: Routledge, 2017, p. 81 y ss. Especialmente en lo que concierne a la aplicación de la legislación norteamericana, *Alien Tort Claims Act*, hay relevante

repertorio de casos sobre responsabilidad por complicidad corporativa, MICHALOWSKI, Sabine. “Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability”, *Texas International Law Journal*, 50/2015, ps. 404-464. Más sobre, CHAMBERS, Rachel. “The Unocal settlement: implications for the developing law on corporate complicity in Human Rights abuses”, *Human Rights Brief*, 13/2005, ps. 14-17.

(59) SIKKINK, Kathryn, ob. cit., ps. 229 y ss.

(60) OLSEN, Tricia *et al.*, “Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy”, Washington: Institut of Peace, 2010, p. 248; en crítica contundente, McAULIFFE, Padraig. “The roots of transitional accountability: interrogating the ‘justice cascade’”. *International Journal of Law in Context*, 9/2013, ps. 106-123.

(61) RUGGIE, John. “Report of the SRSR on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and other business enterprises”, *Clarifying the concepts of ‘spheres of influence’ and ‘complicity’*, 2008.

(62) WETTSTEIN, Florian. “The duty to protect: corporate complicity, political responsibility, and Human Rights advocacy”, *Journal of Business Ethics*, 96/2010, ps. 33-47.

(63) En las últimas décadas, hubo esfuerzos para regular el impacto del comportamiento corporativo social y ambientalmente dañoso. Muchas estrategias se orientaron por el paradigma de la *soft regulation* que, a pesar de involucrar menores costos de soberanía para los Estados, establece obligaciones de cuño solamente indicativo y voluntarista. A pesar de que no hay consenso sobre la naturaleza vinculante de la *soft law*, los instrumentos de *soft law* en el campo de los derechos humanos crean potencialmente estándares de conducta esperados que pueden tener valor normativo, en la medida en que prescriben padrones de comportamien-

una evaluación de los riesgos de complicidad como parte del proceso de *due diligence* o debida diligencia (64). De estas directrices también constan las condiciones que deben ser llenadas para interpretar la complicidad (*Report International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Corporate Complicity and Legal Accountability*).

En función de este contexto, se estableció como convención la diferenciación de la complicidad en tres niveles básicos: a) directa (*direct corporate complicity*); b) indirecta (*indirect or beneficiary corporate complicity*); y c) mediante silencio. Por a) complicidad directa, se entiende la decisión concreta de cometer la violación de derechos humanos. Por su parte, b) complicidad indirecta se refiere al (*aiding and abetting*) beneficio u otras violaciones y silencio o inacción con relación a violaciones de derechos humanos por parte de los gobiernos/regímenes locales. En la c) complicidad mediante silencio (*silence or inaction in the face of a host government's human rights violation*) (65), la empresa no levanta la cuestión de la sistemática o continua violación de derechos humanos en sus interacciones con terceros, por medio de una especie de “diplomacia del silencio”, ella simplemente se hace presente en contexto autoritario, que ya presenta una violación, con referencia al “deber de no callar” —*duty to speak*— frente a la vulneración de derechos (66). La situación fáctica varía entre actividades empresariales “aceptables” (como fornecer comida, vestimenta o vehículos), acciones con “doble propósito” (equipamiento electrónico y computadores, que podrían ser utilizados con una la segunda finalidad de rastrear y monitorear civiles para fines de clasificación racial), o aun realización intencional de negocios, desde clara orientación moral y propósito, tal cual la venta de gas a campos de concentración.

Posteriormente, la interpretación sobre la complicidad fue especializándose. A su modo, Paine y Pereira delimitan la complicidad corporativa con base en la contribución, auxilio o participación (*aiding and abetting*) en severas violaciones de derechos humanos (netamente en casos de genocidio, tortura, crímenes de lesa-humanidad, crímenes de guerra), que pueden ser cometidos por el Estado o equivalentes, pudiendo darse en medio de conflicto civil o en contexto autoritario (67). Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maasz, a su modo, marcan la diferencia entre 1) corporaciones que se benefician de la violencia estatal; 2) corporaciones que facilitan el abuso de derechos humanos; 3) corporaciones que apoyan directamente, pero sin beneficio (68).

Técnicamente, el debate sobre la “rendición de cuentas problemática” (*problematic accountability*) analiza si las empresas hu-

bieran podido o no haber anticipado que la contribución al régimen autoritario produciría violaciones de derechos humanos. En una monografía específica sobre el tema, Christopher Kutz discute casos de rendición de cuentas problemáticas (*problematic accountability*), buscando los contextos y las relaciones interindividuales que puedan remontar a persecución de fines comunes. Esta finalidad común no siempre permite identificar, con precisión, los procesos de victimización y producción de daño, justificando la noción de “daños colectivos no estructurados” y las distintas formas de complicidad propuestas por Kutz: complicidad sin participación, facilitación y acceso a estructuras de mercado, falla de organización, producción de daños marginales. Las distintas manifestaciones de complicidad recomendarían medidas específicas de “rendición de cuentas moral” (*moral accountability*), variando entre atribución de responsabilidad al grupo hasta limitación de la participación individual en distintos niveles (69), incluso en casos de relaciones mutuas entre partícipes (*mutual encouragement*) (70).

En regímenes militares y dictatoriales, se puede identificar la cooperación de empresas con base en tres modalidades principales: 1) obtención de lucro con la violencia practicada por el Estado; 2) facilitación del cometimiento de crímenes; 3) hipótesis en la que la empresa apoya directamente el régimen opresor en función de la afinidad ideológica. Se puede, entonces, prescindir de la afinidad ideológica para la configuración de la complicidad corporativa, incluso porque no siempre es posible identificar de forma tan inequívoca cada uno de los criterios (intencionalidad, causación, materialidad, distinguiendo con claridad vínculos macrocausales de soporte y mediación del aparato represor), considerándose que el comportamiento corporativo, en el contexto en que se realiza, es más incoherente que coherente, incorporando elementos de legalidad e ilegalidad, actuación más o menos legítima. En otros casos, la complicidad deviene de extrema presión del entorno de los negocios, mucho más que una colaboración consciente con el régimen (71). Al discutir sobre esta cuestión, Ramasastry analiza situaciones en que una empresa opera en un Estado donde continúan ocurriendo masivas violaciones de derechos humanos. En estos casos, muchas veces la simbiosis entre actores transnacionales y Estado es aún mayor, dificultando la atribución de responsabilidad (72). No es poco común, por ejemplo, que grandes corporaciones sean frecuentemente cómplices de regímenes dictatoriales u opresivos, viabilizando el uso de su infraestructura para fomentar ambientes desorganizados y frágilmente regulados. Y lo peor es que son áreas en las que, normalmente, la victimización tiende a ser más intensa.

Sea como fuere, es necesario determinar con mayor precisión las distintas modalidades de complicidad, antes incluso del trabajo técnico propio de la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, falta aún mucho para que sea establecido algún criterio para marcar las diferencias entre las formas de complicidad corporativa, estipulando las conexiones de las redes empresariales de financiación del autoritarismo.

## VI. Contribución, causalidad y acciones neutrales

Tradicionalmente, hay tres categorías básicas para determinar jurídicamente el alcance de la responsabilidad empresarial por la contribución a dinámicas autoritarias: 1) causalidad; 2) conocimiento; 3) proximidad. Básicamente, el pensamiento jurídico opera en torno de los nexos causales de la contribución, especialmente la facilitación del abuso de derechos humanos, el conocimiento específico sobre la finalidad de la actividad empresarial y la previsibilidad del resultado, determinando los vínculos entre empresa y quien viola (la conexión próxima). Es este el referente interpretativo que permitiría una mejor construcción de las conexiones entre poder, ejercicio de influencia y oportunidades mercado, creados en contextos criminógenos, que establecen las relaciones entre los regímenes autoritarios y sus redes de financiación.

Desde la perspectiva jurídica, el problema más difícil es determinar la finalidad de la contribución empresarial. Sabine Michalowski analiza la interpretación sobre la noción de “doble propósito” (*dual purpose*) y los aspectos substanciales de la contribución empresarial a la violación de derechos humanos. Para la configuración de la complicidad corporativa, se debe identificar, por un lado, la actividad empresarial con finalidad jurídicamente permitida y que tiene propósito legítimo (la “naturaleza comercial” de la actividad) y, por otro, aquella actividad que, incluso cuando es permitida, se emplea con propósito ilegítimo. Al dedicarse al análisis más profundizado de las circunstancias de la contribución, Michalowski va más allá de las discusiones sobre la actividad empresarial aceptable, extrayendo de este análisis más elementos sobre el hecho de que la empresa debería conocer los hechos relevantes y prever los efectos de su contribución para que se atribuya responsabilidad (73).

Otra posible perspectiva para la interpretación de las formas de contribución empresarial a regímenes autoritarios es la teoría de las acciones neutrales. El problema consiste en determinar si las corporaciones podrían o no haber anticipado que su contribución al régimen autoritario podría efectivamente producir violaciones a derechos humanos. Estas interpretaciones

sobre la extensión de la participación de las corporaciones en regímenes autoritarios oscilan mucho. Hay, por ejemplo, delicadas posiciones en el sentido de que la colaboración con el régimen Nazi pueda ser considerada neutral o fungible. Según esta interpretación, los gastos militares en tecnología u otros recursos serían neutrales porque podrían ser intermediados, fornecidos o vendidos por cualquier uno. Sin embargo, sin estos recursos, la solución final sería impensable. Más allá de la naturaleza aterradora de la destrucción en masa, hay una “cooperación económica fría” (*cold economic cooperation*) entre el régimen autoritario y las empresas privadas. La búsqueda por la intencionalidad del comportamiento, y sus peculiaridades en el ámbito corporativo (*corporate mens rea*), ni siempre tiene mayores consecuencias prácticas. Un estudio más interesante sería evaluar cómo la estructuración de sus procedimientos, construcción de su personalidad (cultura organizacional) y su curso de vida impactan en mayor o menor medida en procesos de victimización y violaciones sistemáticas de derechos humanos, con el fin de alcanzar una comprensión substancial de la responsabilidad corporativa.

La contribución empresarial a las dinámicas autoritarias difícilmente se reduce a un esquema de diferenciación lógica más preciso, del tipo legítima/ilegítima. Esta diferencia entre lo que es la actividad empresarial legítima y la ilegítima raramente se deja percibir con mayor facilidad y tiene como consecuencia la legitimación de abusos y obstrucción de prácticas transicionales (74). Como *supra* demostrado, la contribución no exige la averiguación de la afinidad ideológica, de allí que el problema consista precisamente en marcar la diferencia entre lo que es una contribución reprochable, lo que sería una contribución funcionalmente adecuada a la dinámica del mercado global, o aun lo que sería una decisión empresarial contingente, que encuentra justificaciones morales en la presión extrema del ambiente en que opera. La figura de quien se hace “presente, pero no se compromete” (*bystander*), por ejemplo, es más rutinera de lo que se imagina. En tesis, la mayoría de las hipótesis de complicidad llevaría a situaciones de neutralidad o fungibilidad (como en el caso de provisión de alimento o transporte), diferentemente de situaciones excepcionales y extremas, como la provisión de gas letal a los campos de concentración.

Con base en la participación de individuos (“posibilitar, incrementar o facilitar”) —y no de empresas— en la comisión de delitos nucleares en la financiación de las atrocidades del régimen político (*corporate-political core crime*), el análisis de Christoph Burchard especializa la noción de acción neutral como contribución que no necesariamente ofrece un riesgo a intere-

## { NOTAS }

to esperado, NOLAN, Justine. “The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law”. DEVA, Surya *et al*, (org) “Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect” Cambridge: Cambridge Press, 2013, ps. 138-160.

(64) Sabine Michalowski explora el deber de *due diligence* como instrumento dirigido a la gestión de riesgo, con la finalidad de orientar la toma de decisiones. La falta de definición jurídica de la complicidad deja los procesos de *due diligence* flexibles, tanto como auto-evaluación, como a partir de la evaluación de terceros. Michalowski critica que, en la práctica, las diligencias en derechos humanos son fácilmente manipulables para obtener tratamiento más benéfico del sistema jurídico-penal y controlar los riesgos de responsabilidad jurídica, sin expresar comportamiento ético o protección concreta a derechos humanos, MICHALOWSKI, Sabine. “Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification”. DEVA, Surya *et al*, (org) “Human Rights obligations of business: beyond

the corporate responsibility to respect”, Cambridge: Cambridge Press, 2013, ps. 218-242. La vaguedad en el concepto de complicidad corporativa también dificulta mayores especulaciones a respecto de bajo cuáles circunstancias, comportamientos como el mero silencio, presencia en territorios asolados por regímenes opresivos o beneficios provenientes del abuso cometido por otro podrían implicar *non-complicity*. En sentido semejante, KUTZ, Christopher, “Complicity”, Cambridge: Cambridge Press, 2000, ps. 166 y ss.

(65) CLAPHAM, Andrew *et al*, “Categories of corporate complicity in Human Rights abuses”, *Hastings International & Comparative Law Review*, 24/2001, ps. 339-349.

(66) RAMASASTRY, Anitta, ob. cit., ps. 91-159; WETTSTEIN, Florian. “Silence as complicity: elements of a corporate duty to speak out against the violation of human rights”, *Business Ethics Quarterly*, 22/2012, ps. 37-61; WETTSTEIN, Florian. “Making noise about silent complicity: the moral inconsisten-

cy of the ‘Protect, Respect and Remedy’ framework”, DEVA, Surya *et al*, (org) “Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect”, Cambridge: Cambridge Press, 2013, ps. 243-268.

(67) Paine y Pereira también reconocen la tipología que marca la diferencia entre contribución directa o indirecta, siendo que la primera podría ser: 1) contribución con violencia (*joint criminal enterprise* y conspiración); 2) violación de derechos humanos en el ámbito de las relaciones laborales, como trabajo esclavo; 3) financiación a la represión de crímenes de guerra o negocios ilícitos, como obtener ventaja a partir de los “diamantes de sangre” (*blood diamonds*), PAYNE, Leigh - PEREIRA, Gabriel, ob. cit., ps. 63-84.

(68) KALECK, Wolfgang - SAAGE-MAASZ, Miriam. “Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, ps. 699-724.

(69) KUTZ, Christopher, ob. cit., ps. 113 y ss.

(70) BAKER, Dennis, “Reinterpreting criminal complicity and inchoate participation offences”, London: Routledge, 2018, ps. 50 y ss.

(71) PAYNE, Leigh - PEREIRA, Gabriel, ob. cit., ps. 63-84.

(72) RAMASASTRY, Anitta, ob. cit., ps. 91-159.

(73) MICHALOWSKI, Sabine. “Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability”, *Texas International Law Journal*. 50/2015, pp. 404-464. En análisis crítico a Michalowski, Burchard explora los posibles efectos de la proceduralización de la criminalidad corporativa y recomienda más realismo en la interpretación de la complicidad, BURCHARD, Christoph. “Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond”, *Texas International Law Journal*, 50/2015, ps. 1-8.

(74) LEEBAW, Bronwyn. “The irreconcilable goals of Transitional Justice”. *Human Rights Quarterly*, 30/2018, ps. 95-118.

ses protegidos, pudiendo incluso comprender prácticas aprobadas por la comunidad internacional. En función de esto, habría entonces cuatro niveles analíticos: 1) comprometimiento directo, indirecto y auxiliar de las organizaciones empresariales; 2) motivación; 3) atribución de responsabilidad individual y empresarial; 4) integración de la organización empresarial en un Estado. En el primer nivel analítico, las formas de comprometimiento se diferencian en función de la relación causal (fáctica y normativa) *próxima o remota* entre la conducta del empresario y la comisión del delito. La causalidad atiende a la verificación de un *continuum*, observado a lo largo de cadena de cursos causales. En la contribución directa, el propósito de la acción es más fácilmente perceptible, como en el caso de la provisión del pesticida letal *Zyklon-B* a los campos de concentración o en el empleo de mano de obra en condiciones de servidumbre o malos tratos a los trabajadores, mientras que en la indirecta las acciones no siempre indican un daño social o grado inaceptable de peligro, como donar dinero a las tropas militares, justamente porque el dinero podría ser utilizado para un propósito diverso de la práctica del crimen. En el segundo nivel, motivación se refiere a la delimitación del rol de las empresas y a la posible yuxtaposición ideológica entre práctica empresarial y política criminal vehiculada por el Estado en que estas empresas operan, el típico “casamiento de conveniencias”, como en la expresión de Jessberger, citada por Burchard. A su modo, en el tercer nivel analítico, la teoría organizacional permite la individualización de la conducta y confiere mayor precisión a los enclaves propios de la gobernanza de grandes corporaciones o grupos económicos, problemas de agencia y asimetría de información, y creación de espacios de irresponsabilidad organizada e impunidad. El último nivel analítico crea las condiciones para comprender la simbiosis entre empresa y Estado, permitiendo medir la “corrupción normativa de las corporaciones”. Desde esta perspectiva, la criminalización de una contribución para un crimen exigiría, en principio, una relación socialmente inaceptable y perjudicial al cometimiento del crimen (75).

La evaluación de los procedimientos de la empresa podría superar los enclaves de la determinación del dolo en la comisión de los delitos de lesa humanidad. Podría haber una mejor comprensión del dominio del conocimiento sobre los procesos de toma de decisión en la empresa, individualizar la conducta de los CEOs, establecer los vínculos entre política económica y las consecuencias de favorecimiento injusto o desleal de determinadas empresas en detrimento de competidores, qué tipo de instrumentos democráticos podrían ser usados para atribuir responsabilidad a los cómplices, como asegurar redes empresariales plurales y que aseguren combinaciones institucionales para una rápida y justa reparación al comportamiento corporativo socialmente dañoso de aquel período.

Para la JTC, las alternativas deben ser pensadas no solamente con relación al régimen pasado, sino con relación a las determinantes morales de la continuidad de la complicidad corporativa con dinámicas autoritarias. A JTC no inspira solamente soluciones centradas en la autoridad del Estado, sino también iniciativas concebidas en el ámbito de las ordenaciones privadas. Se espera que la orientación transicional pueda desencadenar procesos de investigación interna (investigación, reconocimiento e iniciativas de restauración), de tal forma que sean revistos los límites estrechos de lo que se tiene por complicidad directa, indirecta o mediante silencio (76). Si así lo fuera, la idea es que la JTC extienda la influencia de las dimensiones morales de la complicidad para las discusiones sobre la integridad en los negocios, substituyendo esquemas lógicos más cerrados para determinaciones ancladas en verificación empírica de lo que es tolerable o intolerable en la estructuración normativa de la sociedad democrática.

También en este particular persiste la ausencia de verificación sobre el impacto de la complicidad corporativa. La falta de referencia prolonga o agrava la violación de derechos humanos e inviabiliza observaciones más específicas sobre la gravedad de la complicidad empresarial, violación de derechos humanos y daño a las víctimas por medio de comportamiento corporativo socialmente dañoso. La mejora de la teoría jurídica sobre la contribución empresarial a regímenes autoritarios presupone mayor profundidad normativa en la comprensión de la atribución de responsabilidad a las empresas y más consistencia empírica para establecer correlaciones entre financiación corporativa al aparato represor o complicidad corporativa con severas violaciones de derechos humanos, valiéndose del empleo de la cadena productiva (77) para provocar atrocidades en larga escala.

### VII. Modalidades sancionatorias

Dados los recientes retrocesos en la construcción de la solidaridad y tolerancia a nivel global, la oportunidad histórica para el desarrollo de la JTC no podría ser más apelativa. A pesar de esto, impresiona negativamente cuán escasos son los estudios con relación a las posibilidades de atribución de responsabilidad moral y jurídica debido a la complicidad corporativa. Aun menos posible es encontrar estudios con relación a sanciones penales o aun a alternativas de restauración del conflicto. La atribución de responsabilidad en función de situaciones de complicidad de las corporaciones con regímenes autoritarios sigue siendo bastante tímida, en la mayoría de los supuestos reducidos a investigaciones de *individual accountability* y reparaciones.

El punto de partida sería rediscutir la propia cualidad de las sanciones para inspirar medidas de evaluación de la complicidad con dinámicas autoritarias, con la finalidad de reconstrucción social postconflicto

o de consolidación del proceso democrático. Esto puede ser bastante promisor para una profunda redefinición de los estudios criminales sobre por qué y cómo atribuir responsabilidad a las empresas. Incluso frente a la fragilidad de la implementación institucional de la responsabilidad penal empresarial en la mayoría de los ordenamientos domésticos, y también debido a la limitación de los instrumentos procesuales y de prueba, es posible recurrir a la imaginación criminológica para formular estrategias alternativas de la rendición de cuentas con la *accountability* de las redes empresariales que financiaron los regímenes autoritarios.

Entre las modalidades de sanción (78), las multas o reparaciones volcadas a la compensación financiera han recibido una serie de objeciones. La verdad es que la reparación, como simple compensación financiera, es muy poco. Un equivalente monetario cualquiera no alcanza las reales necesidades de las víctimas, ni tampoco es capaz de desafiar la dinámica autoritaria (79). En el caso de las instituciones financieras suizas cómplices del régimen Nazi, por ejemplo, que sustentaron la compensación financiera con base en el *Informe Bergier*, la cuestión va más allá de la insuficiencia de la medida compensatoria y se refiere a la reconfiguración de lo que se entiende por protección de secreto y confidencialidad (80). La creación de fondos de protección y reparación a las víctimas o medidas equivalentes tampoco han mostrado resultados más efectivos, perdiéndose en la falta de objetividad y transparencia de la distribución de los beneficios, en la dificultad de interlocución con las víctimas o en las manos de mediadores que hacen mercancía de tragedias humanas. Reparación, más allá de la compensación financiera, debe comunicar un sentido histórico más amplio, profundo y humanístico; reparación es rendición de cuentas; es, en últimas consecuencias, la experimentación de nuevas estrategias de realización de la memoria histórica.

La creación de listas del tipo *naming and shaming*, apostando en la idea de una abstracta reputación corporativa, presenta igualmente un rendimiento insatisfactorio, frente a las poderosas estrategias de rutinización y de neutralización moral movidas por las empresas (81).

Sanciones económicas, presiones regulatorias vinculantes o voluntarias y prácticas de embargo tampoco generan consecuencias más positivas, afectando el desarrollo socioeconómico, performance en el mercado y la propia estabilidad de las instituciones (82). En el ámbito privado, tanto las iniciativas corporativas del tipo *corporate amends*, pactos de integridad y sustentabilidad, o aun las certificaciones, no son suficientes. Hay más evidencias de que estas iniciativas consisten en estrategias utilizadas para evitar la atribución de responsabilidad (83) que de que estén ofreciendo soluciones efectivas de reconstrucción social postconflicto. Laura García menciona

la creación de certificación como posible iniciativa *multi-stakeholder*, como el *Kimberly Process Certification Scheme* or the *Certification of Rough Diamonds*, pero esta ya reconoce que el *Kimberly Process* dejó libres a los países para crear una legislación doméstica, vulnerando la implementación de la medida en el ámbito de las instituciones (84). Las certificaciones pueden generar el riesgo moral (*moral hazard*), de forma tal que se abra espacio para la justificación moral para la comisión de otras infracciones económicas (85).

El hecho de que las corporaciones mantengan una postura aun reticente sigue siendo de los principales obstáculos a la elaboración de medidas sancionatorias más eficaces. El nivel de información pública sobre el tema presenta muy baja densidad, salvo manifestaciones aisladas (86). A pesar de los esfuerzos científicos en el área, poco se puede avanzar en la perspectiva criminológica. Las empresas, en su mayoría, se rehúsan a abrir voluntariamente sus archivos (*voluntary disclosure*) o a colaborar con pruebas directas, llevando a investigaciones sustentadas solamente en testigos y pruebas indirectas. Estos enclaves para la obtención voluntaria de prueba y cooperación por parte de las corporaciones fragilizan los estudios en el área, inviabilizando las conexiones entre el comportamiento corporativo socialmente dañoso y las violaciones de derechos humanos. Las evidencias sobre la complicidad corporativa se constituyen mayoritariamente por testigos, sobre todo con relación a las desapariciones a pedido de las empresas, no mucho más que esto. Lo que queda es buscar extraer de estos testigos informaciones que permitan organizar los esquemas y las redes a partir de los cuales se estructuraba la financiación de los gastos militares, deduciendo de allí los mecanismos que garantizan el funcionamiento del propio régimen autoritario y de las sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Sin poder avanzar en la obtención de evidencias empíricas que revelan la complicidad, el estudio estrictamente jurídico de la materia acaba restringiendo los efectos de la transición, incidiendo o sobre el régimen pasado o sobre zonas conflictivas. La perspectiva de la transición queda reducida y no logra aprehender la relación de continuidad y los vínculos entre redes empresariales y dinámicas autoritarias. La propia comprensión del comportamiento y de la legitimación democrática de la actividad empresarial también se limita a las formas jurídicas, concibiendo las medidas sancionatorias haciendo hincapié en la coerción, intimidación y en el reproche de lo que “no está cierto”. Por consiguiente, lo que se limita es la propia capacidad de estructurar nuevas modalidades de comportamiento cooperativo, rediseñando las combinaciones institucionales, políticas regulatorias y estrategias de *enforcement* en torno de la solidaridad, obstruyendo medidas volcadas a la distribución clara y efectiva de los be-

### { NOTAS }

(75) BURCHARD, Christoph, ob. cit., ps. 919 y ss.

(76) Interrogantes sobre la complicidad moral son ampliamente discutidos, desde KADISH, Sanford. “Complicity, cause, and blame”, *California Law Review*, 73/1985, ps. 323-410; MELLEMA, Gregory. “Legal versus moral complicity”, *American International Journal of Contemporary Research*, 2/2011, ps. 126-129; COOPER, David. “Ideology, moral complicity and the Holocaust”, GARRARD, Eve et al., (org), “Moral Philosophy and the Holocaust”, London: Routledge, 2003, ps. 9-24. Hay un largo recorrido filosófico sobre las dimensiones de la agencia moral colectiva, que no cabría en este ensayo. Véase más sobre en, HARBIN, Ami et al., “Restorative justice in transitions: the problem of ‘the community’ and collective responsibility”. CLAMP, Kerry (org) “Restorative Justice in Transi-

tional Settings”, London: Routledge, 2016, ps. 133-151.

(77) Problematizando esta situación, NOLAN, Justine. “Human Rights and global corporate supply chains: is effective supply chain accountability possible?”. DEVA, Surya et al., (org) “Building a treaty on Business and Human Rights”, Cambridge: Cambridge Press, 2017, ps. 238-265.

(78) NIETO MARTÍN, Adán. “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones pensando en sus víctimas?”. SAAD-DINIZ, Eduardo et al., (org) “Corrupción, derechos humanos y empresa”, Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, ps. 37-52.

(79) KLINZING, Morgan. “Denying reparations for slave and forced laborers in World War II and the ensuing Humanitarian Rights implications: a case study

of the ICJ’s recent decision in jurisdictional immunities for the State”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41/2013, ps. 775-802.

(80) Hay una serie de evaluaciones críticas sobre el Informe Bergier, por ejemplo, LAMBELET, Jean-Christian, “A critical evaluation of the Bergier Report on Switzerland and Refugees in the Nazi Era: with a new analysis of the issue”, Lausanne: *University of Lausanne*, 2001, p. 02-78. Para un análisis crítico del rol del secreto y confidencialidad en el período, generando la ambigüedad de protección al mismo tiempo de los jueces y oficiales del régimen Nazi, ZUCMÁN, Gabriel, “The hidden wealth of Nations: the scourge of tax havens”, Chicago: Chicago Press, 2015, ps. 13 y ss.

(81) BARAK, Gregg. “Unchecked corporate power: how multinational corporations are routinized away

and what we can do about it”, London: Routledge, 2017, ps. 3 y ss.

(82) ARAGON-CORREA, Alberto et al., “The effects of mandatory and voluntary regulatory pressures on firm’s environmental strategies: a review and recommendations for future research”, *Academy of Management Annals*, 14/2020, ps. 1-37.

(83) LAUFER, William; STRUDLER, Alan. “Corporate crime and making amends”, *American Criminal Law Review*, 2007, ps. 1307-1318.

(84) GARCÍA MARTÍN, Laura, ob. cit., p. 103.

(85) LAUFER, William, “Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance”. *Vanderbilt Law Review*, 52/1999, ps. 1344-1420.

(86) GASPARI, Elio, “A Dictadura Envergonhada”, São Paulo: Intrenseca, 2014, p. 59.

neficios de la actividad empresarial con la comunidad en su entorno. Es posible hacer mucho más a partir de una revisión ética de la libertad de acción empresarial.

La judicialización del conflicto puede llegar incluso a inviabilizar u obstruir avances estratégicos de la Justicia de Transición (87). Las evidencias son en regla bastante contingentes y es difícil que se presenten nuevos documentos de prueba u otras evidencias directas de articulación del empresariado en redes y auxilio sistemático a las fuerzas militares Nazi. La estrategia aplicada en este caso era aumentar el nivel de prueba indirecta, de tal forma que la complicidad fuera considerada un interrogante indudablemente razonable. Desaparecimientos y ausencia de los cuerpos para su inhumación crean una incertidumbre ontológica entre los supervivientes. Nuevamente aquí, la carga de prueba y exigencias procedimentales impuestas por el debido proceso legal alienan la rendición de cuentas (88). Además de la injusticia, hay un grave riesgo de que se absuelva a ejecutivos o se limpie la reputación de determinadas corporaciones, forjando una verdad oficial sobre inocencia, comportamiento empresarial neutro, y no-complicidad con el régimen autoritario. Muchos documentos, de hecho, ya ni siquiera existen más, aunque seguramente haya fuentes históricas preservadas en los archivos de las empresas. Sin embargo, la reluctancia en el reconocimiento espontáneo de la participación en violaciones severas de derechos humanos obstruye la construcción social de prácticas democráticas.

### VIII. Obligación moral del sector privado frente a dinámicas autoritarias: el encuentro entre JTC y RPC

Las corporaciones, al dejar de reconocer su rol en el pasado, no asumen sus propios errores y, silenciosamente, asienten con dinámicas autoritarias del presente. Como consecuencia de esto, la orientación filosófico-política y argumentos del tipo consentimiento pasivo, complicidad moral (*moral complicity*), aceptación de beneficios injustamente distribuidos, o, más indirectamente, ofrecer soporte a la gestión de cadena de producción acoplada a las estrategias militares no son propiamente concebidos por los sistemas jurídicos. En realidad, el ampliamente discutido modelo de la regulación responsiva pierde mucho de su consistencia, justamente porque Estado y regula-

ción privada tienden más a la disociación y competición que a construir mecanismos de cooperación. Por un lado, el Estado no dispone de mecanismos suficientes e idóneos de atribución de responsabilidad; por otro, la regulación privada no encuentra utilidad en la cooperación y aliena la intervención estatal. Es verdad que Braithwaite buscó una serie de alternativas para dar cuenta de este desacoplamiento entre regulación privada y Estado (89), incluso creando nuevas hipótesis de “regulación multidimensional” (90), pero el rol del sector privado sigue siendo una página en blanco.

¿Pero y si pudiéramos contar con las estrategias de regulación privada para hacer frente a la ascensión de tendencias autoritarias en escala global? Teniendo en vista el déficit en la atribución de responsabilidad a las empresas, tal vez sea el caso de investigar el potencial de ordenaciones privadas para fomentar la responsabilidad moral de las empresas y el rol político de la gobernanza corporativa. Con base en los procesos de autoconstitucionalización corporativa, surgen nuevas tesis sobre agencia moral corporativa, involucrando iniciativas corporativas colaborativas, redefinición del interés público del control social del negocio y, por consiguiente, la justificación del propósito que, en última instancia, le confiere legitimación a la actividad empresarial (91). Es verdad que las iniciativas corporativas pueden alcanzar un elevado impacto en la cualidad/excelencia regulatoria. Es por esto por lo que uno de los desafíos centrales para la JTC es demostrar cómo estas iniciativas corporativas pueden influenciar en la promoción de valores democráticos, protección de derechos humanos y reconstrucción social de la vida de las víctimas.

El tratamiento de las corporaciones debe considerar su condición de agentes que pueden ser responsabilizados por la consistencia democrática de las partes interesadas. Scherer y Palazzo, con base en la filosofía política habermasiana, proponen la comprensión de las empresas como actores políticos en la sociedad global (92). Poco se discute sobre el tratamiento de las corporaciones asumiendo estas la propia responsabilidad, ejerciendo, por medio de liderazgo transformativo, patrones privados de composición de los vínculos con regímenes autoritarios y desarrollando estrategias de reconstrucción social postconflicto. Estos cambios despertaron algunos movimientos en el mercado (93), volcados al cambio de

orientación de la ética en los negocios por activismo de *shareholders*, al compromiso de *stakeholders* (94) y al giro de la responsabilidad social —RSC— a la responsabilidad política corporativa (*corporate political responsibility*) - RPC, de la RSC a RPC (95).

Este giro de la responsabilidad social corporativa hacia la responsabilidad política corporativa, o aun del activismo de los ejecutivos, la comprensión de la complicidad de las corporaciones debería intensificar su ciudadanía y estimular la agencia moral de las corporaciones, readquiriendo la legitimación de los negocios frente a la sociedad. Las corporaciones configuran muchas de las funciones tradicionalmente vinculadas a una prestación estatal, incluso protección de derechos y *enforcement* de la regulación de la vida de los negocios en la comunidad y en el país. La RPC representa esta expansión y, al menos en tesis, la mediación de la gobernanza democrática revigora la cohesión social en la interacción entre empresa y sociedad, de tal forma que la RPC podría promover un control democrático más incisivo de la actividad empresarial, a partir de una profunda redefinición del rol de las empresas en la sociedad.

Los abusos de la RPC son muchos. Además del peligro de yuxtaposición de decisiones políticas a las estrategias de negocio (96), por supuesto que no es necesaria una orientación política para el comportamiento ético empresarial o, lo que es aún peor, puede valerse de un expediente político precisamente para justificar la práctica de infracciones económicas. A pesar de las salvedades teóricas, se espera que del encuentro entre RPC y JTC sean articuladas recomendaciones estratégicas de acción, no solamente para dar espacio a nuevos actores o reforzar el rol político de la gobernanza corporativa, sino también con vistas a movilizar iniciativas corporativas de rendición de cuentas (*accountability*) y restauración de la memoria histórica. Hay una serie de interrogantes normativos de extrema relevancia, tales como lo que se entiende por ética en una inversión ética, o la integración de *stakeholders* solamente con la finalidad de justificar moralmente la práctica de infracciones económicas. Independientemente de esto, RPC y JTC podrían promover iniciativas corporativas innovadoras, implicando redefiniciones en la propia concepción de justicia y reconstrucción social postconflicto. Es a partir de este punto en el que la experimentación de estas

intersecciones podría expandir el alcance de los estudios transicionales y mejorar su performance democrática.

Si así fuera, la JTC podría proveer más que simplemente nuevas formas de reinterpretar la teoría política, económica o incluso jurídica. Para tanto, la salida es una sola: el reconocimiento de la complicidad sea en la perspectiva jurídica o moral. Es necesario mayor compromiso empírico para establecer cómo y cuáles corporaciones, CEOs u oficiales públicos fueron beneficiados durante los regímenes autoritarios. Sin reconocimiento, cae por tierra la industria de la integridad y la complicidad velada del mundo corporativo con las dinámicas autoritarias.

Lo que falta es definir las estrategias para la utilización de los recursos corporativos al levantar la voz moral debido a la ascensión de dinámicas autoritarias. La JTC debe conducir hacia un diálogo más intenso sobre la moralidad corporativa y a la revisión de su rol de las empresas en nuestra vida cotidiana. Y esto no solamente con relación al tipo de orientación valorativa que las corporaciones siguen o dejen de seguir, sino a la determinación de cuál sería la medición más confiable para observar el comportamiento ético y cuál sería el tipo de justicia social que ellas traen al debate de la regulación de la libertad de acción empresarial. La JTC puede ser bastante apelativa para revisiones del curso de vida de las empresas, liderando la revisión de la moralidad corporativa en torno de nuevas prácticas sociales, según la cual lo más importante es la utilización de recursos privados para inspirar más resiliencia entre las comunidades de su entorno. Al fin y al cabo, se trata de la realización de justicia social a causa de la JTC.

### IX. Prácticas restaurativas en una configuración transicional

Las ciencias criminales deben buscar alentar la experimentación científica e introducir prácticas sociales más consistentes e innovadoras para la JTC. Los estudios criminológicos se dedican cada vez más a las combinaciones entre prácticas restaurativas, punición retributiva y justicia transformativa (97). Las prácticas restaurativas, si bien en tesis no prescinden de un Estado fuerte y capaz de ejercer control social formal prioritario a las conductas más severas (98), pueden ser más dinámicas

### { NOTAS }

(87) “Criminal trials are likewise not good at exposing the truth of complex events like wars. This is because judges cannot possibly acquire a well-rounded knowledge of any phenomenon by a forensic focus on whether one specific actor is guilty of a specific crime. In spite of this myopic focus, criminal trials can add tiny spoonfuls of truth that begin to counter some of the bucketloads of lies about atrocities in war. Truth commissions and the work of professional historians can in combination with criminal trials deliver much larger dollops of truth, or at least truth-seeking of greater integrity. This is because historiography and truth commissions are designed to be more synoptic, plural, and open-textured in their pursuit of truth in comparison to criminal trials. Historiography is a cumulative discipline”, BRAITHWAITE, John. “Many doors to International Criminal Justice”. *New Criminal Law Review*, 23/2020, ps. 1-26.

(88) PASTOR, Daniel. “Processi penali solo per conoscere la verità. L’esperienza argentina”. FRONZA, Emanuela *et al.*, (org), “Il superamento del passato e il superamento del presente”, *Trento: Università di Trento*, 2009, ps. 177-213.

(89) BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation and developing economies”, *World Development*, 34/2006, ps. 884-898.

(90) “The multidimensionality message is also consistent with what we know from the transitional justice literature about what works in regulating organizational crimes against humanity by states or insur-

gents, with multidimensional peacekeeping as more effective in regulating armed groups than any unidimensional strategy, and with the suggestive evidence that wise integration of restorative justice with courtroom justice is likely to be more effective than relying on either alone for the prevention of conventional crime”, BRAITHWAITE, John. “Regulatory mix, collective efficacy, and crimes of the powerful”, *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 1/2020, ps. 62-71.

(91) HSIEH, Nien-hè. “Corporate moral agency, positive duties, and purpose”, ORTS, Eric *et al.*, (org) *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford, 2017, ps. 188-205.

(92) SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. “Towards a political conception of corporate responsibility: business and society seen from a habermasian perspective”. *Academy of Management Review*, 32/2007, ps. 1096-1120; SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. “The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance, and democracy”. *Journal of Management Studies*, 48/2011, ps. 899-931; SCHERER, Andreas; PALAZZO, Guido. “Globalization and corporate social responsibility”. CRANE, A. *et al.*, (org) *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*. Oxford: Oxford Press, 2008, ps. 413-431; SCHERER, Andreas *et al.*, “Global rules and private actors: towards a new role of the transnational corporation in global governance”. *Business*

*Ethics Quarterly*, 16/2006, ps. 505-532. En el contexto latinoamericano, JOUTSENVIRTA, María *et al.*, “Legitimacy struggles and political corporate social responsibility in international settings: a comparative discursive analysis of a contested investment in Latin America”. *Organization Studies*, 36/2015, ps. 741-777.

(93) Ampliamente sobre, SORENSEN, E. “Metagovernance: the changing role of politicians in processes of democratic governance”. *American Review of Public Administration*, 36/2006, ps. 98-114.

(94) ROBERTS, Robin. “Determinants of corporate social responsibility disclosure: an application of stakeholder theory”. *Accounting, Organizations and Society*, 17/1992, ps. 595-612.

(95) LYON, Thomas *et al.*, “CSR needs CPR: corporate sustainability and politics”. *California Management Review*, 2018, ps. 1-20; para una evaluación crítica sobre el “movimiento de la *corporate accountability*”, UTTING, Peter. “The struggle for corporate accountability”. *Development and Change*, 39/2008, ps. 959-975; con énfasis en el “lobby responsable”, BOHNEN, Johannes. “Corporate political responsibility (CPR): warum Unternehmen sich offen politisch positionieren müssen”. *Zeitschrift für Politikberatung*, 7/2015, ps. 55-58.

(96) Teóricos del sistema, por ejemplo, critican el modelo deliberativo de Scherer y Palazzo, sobre todo por la tendencia a la mercancia de la moral, una “commodity peligrosa” en tiempos de antagonismos globales, además del peligro de desdiferenciación funcional,

sobreponiendo decisiones políticas en la conducción de la actividad empresarial, WILLKE, Helmut *et al.*, “Corporate moral legitimacy and the legitimacy of morals: a critique of Palazzo/Scherer’s communicative framework”. *Journal of Business Ethics*, 81/2008, ps. 27-38.

(97) Kerry Clamp une la noción transformativa a las prácticas restaurativas de configuración transicional, CLAMP, Kerry (org) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, ps. 173-189. También con referencia a la aproximación transformativa, YEPES, Uprimmy. “Transformative reparations of massive gross human rights violations: between corrective and distributive justice”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27/2009, ps. 625-648. Teóricamente, Gregg Barak acentúa cuatro beneficios del recurso a la lectura transformativa en la criminología: 1) evaluación de las causas de la victimización; 2) reconocimiento de los procesos de victimización; 3) reparaciones; 4) restauración de la paz y seguridad perdidos o nunca obtenidos, BARAK, Gregg, “Violence and non violence: pathways to understanding”, New York: Sage, 2003, p. 323.

(98) AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation: transcending the Deregulation debate”, Oxford: Oxford Press, 1992, p. 214. Desarrollando la responsabilidad penal de la persona jurídica como la expresión de este Estado y priorizando la reacción al comportamiento corporativo socialmente dañoso, LAUFER, William, “Corporate bodies and guilty minds”, Chicago: Chicago Press, ps. 60 y ss.

y atender, con mayor impacto, a las necesidades de posicionamiento moral frente a la ascensión de dinámicas autoritarias. El empleo de prácticas restaurativas con fines transicionales aun ni siquiera fue testeado con alguna consistencia, de tal forma a generar aprendizajes más permanentes y capaces de poner en evidencia el compromiso y “ciclos continuos de falla rápida, aprendizaje rápido, adaptación rápida” (99).

Según la hipótesis de la JTC, el desplazamiento parcial al ámbito corporativo permite cuestionar si hay de hecho valores e iniciativas corporativas que puedan ser combinadas con *enforcement* más inteligente y punición prioritaria a la severidad de la conducta. De acuerdo con la JTC, incluso no habiendo posibilidad de cualificación jurídica de la responsabilidad, el reconocimiento de la complicidad moral podría permitir la exposición pública del comportamiento empresarial, netamente en lo que concierne a cuestiones de memoria e identidad colectivas, emociones (100) y vida social democrática impactadas por el comportamiento corporativo socialmente dañoso.

Es verdad que hay pocas evidencias sobre la efectividad de las prácticas restaurativas en la reducción de la criminalidad tradicional (101). Pero el mal uso de la Justicia Restaurativa no debe deslegitimar su uso (102), incluso en el ámbito corporativo. Dadas las limitaciones del control social formal para la realización de la Justicia de Transición, el recurso a las prácticas restaurativas debería ser explorado científicamente, abriendo oportunidad para la desformalización de las estrategias de reconstrucción social postconflicto. La responsabilidad empresarial, moral y jurídica, puede asumir diferentes significados en distintas redes sociales (*social networks*). Al menos en tesis, procesos menos formalizados y participación efectiva en el caso, más allá de las formas jurídicas tradicionales, podrían vehicular las emociones de remordimiento y perdón, redimensionando el daño y sus implicaciones en la vida de las víctimas (103), revelando las condiciones sociales, el tipo de sociedad y la cualidad de valores humanos que pueden ser explorados a partir de la utilización de los recursos corporativos.

Prácticas más dinámicas podrían ofrecer alternativas más concretas a los problemas de complicidad moral de las empresas con violaciones de derechos humanos. Por este motivo, hay muchas expectativas para la reconstrucción social postconflicto y de la paz (*peacebuilding*), con soporte del sector privado (104).

De forma convincente, Clamp sugiere la elaboración de “prácticas restaurativas en configuraciones transicionales” (*restoration in transitional settings*), como un “símbolo” muy importante que marca las diferencias entre los regímenes y el *rule of law*, pudiendo alcanzar varias posibilidades de ejercicio del control social: conferencias con la comunidad, comisiones permanentes, monitoreo, capacitaciones, reintegración del ofensor, reparaciones, entre otros (105). Este tal vez sea solamente el comienzo de formas alternativas y de uso más creativo de la *corporate accountability* y de los recursos privados, es decir, hay mucho aún por ser desarrollado con relación a las prácticas restaurativas de orientación transicional. A pesar de las muchas advertencias y de los muchos enclaves de implementación práctica, la convergencia entre prácticas restaurativas y transicionales podría transformar no solamente la forma como se lidia con el crimen y problemas sociales, sino también el modo en que estos problemas son construidos y solucionados (106).

Las prestaciones de justicia limitadas a las reparaciones repercuten negativamente en la falta de habilidad para formular soluciones innovadoras, pero por supuesto que la implementación práctica enfrenta una serie de contingencias, aun carente de una experimentación científica más consistente. Y esto empezando por las dificultades de entablar un diálogo constructivo entre los *stakeholders* involucrados (107). Le corresponde a la JTC proponer nuevos estándares orientados por la combinación inteligente entre procesos judiciales y no-judiciales. Por consiguiente, al menos teóricamente, las prácticas restaurativas se ocuparían de dar voz a las víctimas y de promover el diálogo constructivo entre ofensor, víctima y comunidad, de tal forma que permita que el proceso judicial encuentre condiciones

favorables para priorizar las iniciativas de *enforcement* a la responsividad del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Transición puede ser un momento importante de educación moral, pudiendo presentarse como educación negativa o positiva, de acuerdo con el impacto de sus efectos. Como educación negativa, comunica el juicio de reprobación a la complicidad con regímenes autoritarios del pasado; como educación positiva, enseña resiliencia, sustentabilidad y estrategias para uso de los recursos privados, orientado por la estructuración normativa de la solidaridad y la tolerancia. Es bajo estos presupuestos que la reconstrucción social postconflicto con configuraciones transicionales podría impactar en la estructuración normativa de sociedades democráticas.

## X. Nuevas posibilidades para la victimología corporativa

La victimología corporativa, tal como fue formulada originalmente por William Lauffer, corresponde al campo del conocimiento responsable por conectar los procesos de victimización en el ámbito corporativo, el daño provocado por el comportamiento corporativo y las posibilidades de atribución de responsabilidad a las empresas (108). Desarrollos posteriores buscaron demostrar cómo se darían los procesos de victimización cometidos por la empresa, entre empresas o en el ambiente interno de la empresa (109). Tomando como referencia la JTC, se abre una serie de nuevas posibilidades para la victimología corporativa, especialmente en lo que concierne al análisis de fuentes históricas sobre los daños de la tortura, secuestro, cárcel privado, asesinatos trascienden los individuos (*societal harm*) y reparaciones (*redress*). Se pueden extraer de ellas elementos para la reformulación de las categorías criminológicas del daño, comportamiento corporativo socialmente dañoso y soluciones alternativas para la reconstrucción social postconflicto.

En la práctica, hay al menos dos estrategias posibles para enfrentar el desafío de la victimización corporativa que podrían inspirar las ideas justtransicionales. En primer lugar, parece bastante convincente que la

victimología corporativa, tal como acciones estratégicas de la victimología crítica ya lo hicieron con relación a los crímenes tradicionales, podría servir de empleo de los derechos humanos, dándoles vida a las necesidades de las víctimas en las cortes. Es una sugerencia razonable que los esfuerzos internacionales para atribuir responsabilidad a las multinacionales por graves violaciones de derechos humanos puedan explorar las lecciones de la victimología corporativa, incrementando el impacto en la reducción de la victimización. En un segundo momento, el “giro emocional” (*emotional turn*) de la investigación criminológica despierta interrogantes desafiantes sobre las posibilidades de realización concreta de la victimología corporativa, que ciertamente deben provocar revisiones en el discurso normativo sobre las emociones y las expresiones de la víctima (110). Es bastante posible explorar diversas conexiones entre la voz de las víctimas y el cultivo de la memoria, remordimiento y resentimiento generado en contextos autoritarios, que fragilizan los esfuerzos de construcción de un entendimiento común (*shared understanding*) (111) u orientación democrática.

El resentimiento no se dirige, necesariamente, a los actos perpetrados. De alguna forma, es un sentimiento que no se agota con la actividad empresarial socialmente dañosa, prolongando los efectos del comportamiento corporativo en la vida de las víctimas. A la JTC le compete mejorar el nivel de autocomprensión de la dinámica del resentimiento y del remordimiento, como forma de legitimar que aquellas corporaciones, que una vez soportaron dinámicas autoritarias, puedan utilizar sus recursos para promover prácticas democráticas. Esto también es condición necesaria para legitimar las iniciativas corporativas de *compliance*, ética en los negocios y confianza pública en la democracia.

Debemos ofrecer a las empresas la oportunidad histórica de reconciliación, incluso a pesar de que muchas de las atrocidades cometidas en complicidad con regímenes autoritarios sean, simplemente, no restaurables (112). Hay aun muchos interrogantes antes de la rendición de

## { NOTAS }

(99) BRAITHWAITE, John. “Learning to scale up restorative justice”. CLAMP, Kerry (org) “Restorative Justice in Transitional Settings”, London: Routledge, 2016, ps. 173-189.

(100) BENNETT, Christopher. “The apology ritual: a philosophical theory of punishment”, Cambridge: Cambridge Press, 2008, p. 145.

(101) SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. “Restorative Justice: the evidence”, London: The Smith, 2007, ps. 88 y ss.

(102) “Teóricamente, el énfasis en las teorías discursivas es problemático, tal como la crítica criminológica lo deja bien claro: no son las construcciones del pensamiento las que conducen la realidad, sino que es la realidad la que ofrece las bases de la construcción de sentido de las interacciones entre ofensor y víctima. Sin embargo, el rechazo teórico-radical —es decir, que el consenso generado puede resolver el conflicto, pero no resuelve las contradicciones bajo que se produce el conflicto— no descalifica la búsqueda de soluciones alternativas, nuevas experimentaciones y testes de estrategias para mejorar la situación de las víctimas”, SAAD-DINIZ, Eduardo. “Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11/2019, ps. 9-25.

(103) Además de esto, Lawrence Sherman y Heather Strang presentan una explicación que conecta teorías de la emoción basadas en el *estatus* y poder, ya que, al menos teóricamente, justicia restaurativa facilita la “transferencia del poder del ofensor a la víctima”, SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather, ob. cit., ps. 88 y ss.

(104) LAMBOURNE, Wendy. “Transformative justice, reconciliation and peacebuilding”. BUCKLEY-ZISTEL, Susanne et al., (org). “Transitional Justice

theories”, London: Routledge, 2014, ps. 19-30. En crítica, GREARY, Paul et al., “From transitional to transformative justice: a new agenda for practice”. *The International Journal of Transitional Justice*, 8/2014, ps. 339-361. Con base en Johan Galtung, Laura García, en buena síntesis apunta que “(...) the private sector can potentially play an important role in peacebuilding contexts as well as in the prevention of the recurrence of conflict. On the one hand, corporations can engage in the transitional justice process and State reconstruction after conflict or repression, which is a basis for peace. On the other hand, business operations can contribute to economic prosperity, generating employment and empowering people. Conflict sensitivity and ethical behaviour should broaden peace efforts, ranging from conflict prevention to post-conflict reconstruction”, GARCÍA MARTÍN, Laura, ob. cit., p. 103.

(105) Kerry Clamp clasifica estas prácticas en un plan micro (*interacción dos stakeholders*: dimensión instrumental de la ley, regulación y resolución de disputas entre partes) y otro macro (*simbólico*: introducción de nuevos valores y prácticas en las instituciones y en el sistema de justicia), CLAMP, Kerry. “Clearing the conceptual haze: restorative justice concepts in transitional settings”. CLAMP, Kerry (org) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, ps. 16-36. Tomando por referencia la función expresiva de los mecanismos jurídicos de transición, NUZOV, Ilya. “Post-conflict justice: extending international criminal responsibility to non-State entities”. HEFFES, Ezequiel et al., (org). “International Humanitarian Law and Non-State Actors”. Haia: T.M.C. Asser Press, 2019, ps. 229-262. En análisis crítico de las reparaciones, SANDOVAL, Clara et al., “Corporations

and redress in Transitional Justice processes”. MI-CHALOWSKI, Sabine, “Corporate accountability in the context of Transitional Justice”, London: Routledge, 2013, ps. 93-112.

(106) Clamp, en diálogo con las nociones de “expropiación del conflicto victimal” y “víctima ideal” de Nils Christie, no deja de reconocer las varias formas en que *stakeholders* pueden ser ignorados en esta convergencia entre Justicia Restaurativa y Justicia de Transición: 1) no siempre es posible individualizar o delimitar a la víctima y ofensor, incluso porque ofensor puede convertirse en víctima durante el conflicto; 2) prácticas restaurativas tienden a “desprofesionalizar” la prestación de justicia, sin concebir propiamente el rol del Estado, sea como ofensor, como víctima o incluso como parte esencial de la realización de la justicia; 3) prácticas restaurativas tienden a reproducir los equívocos de la justicia convencional, dejando de promover avances en el sentido de “transformación social en favor de comportamiento prosocial”. Nada de esto significa, sin embargo, que el potencial de las prácticas restaurativas con características transicionales deba dejar de ser explorado, CLAMP, Kerry. “Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional context: an introduction”. CLAMP, Kerry (org) “Restorative Justice in Transitional Settings”, London: Routledge, 2016, ps. 1-15.

(107) En detalles, DALY, K., “Victimisation and Justice: concepts, contexts, and assessment of justice mechanisms”, The Hague: *WP International Symposium of the World Society of Victimology*, 2012.

(108) LAUFER, William. “The missing account of Progressive Corporate Criminal Law”. *New York University Journal of Law and Business*, 14/2017, ps. 01-60;

LAUFER, William. “A very special regulatory milestone”. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2/2018, ps. 392-428.

(109) SAAD-DINIZ, Eduardo. *Victimología corporativa*. São Paulo: Tirant, 2020, p. 145 y ss.

(110) Lawrence Sherman concibe la “justicia emocionalmente inteligente” (*emotionally intelligent justice*) con base en las siguientes características centradas en la figura de la víctima: 1) expresión de las emociones y demanda justa (*fair claim*) por justicia, en lugar de deseo de venganza; 2) derecho de no expropiación del conflicto; 3) empoderamiento en el proceso, permitiendo elecciones y su tratamiento adecuado, SHERMAN, Lawrence. “Reasons for emotion: reinventing Justice with theories, innovations and research”. *Criminology*, 41/2003, ps. 1-38.

(111) No es poco raro el discurso de que la preservación de un entendimiento común podría favorecer relaciones armónicas y empoderar *stakeholders*, CUNNEN, Chris. “When does transitional justice begin and end. Colonised peoples, liberal democracies and restorative justice”. CLAMP, Kerry (org) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, ps. 190-210.

(112) Wendy Lambourne recurre a la reconciliación como el proceso de rompimiento de las barreras entre víctimas y ofensores, movida por el hecho de que el reconocimiento de la perspectiva del otro (ciclos recíprocos de violencia al largo del tiempo, sufrimiento, perdón, memoria) es la base para la reconstrucción de confianza mutua, LAMBOURNE, Wendy. “Restorative justice and reconciliation: the missing link in transitional justice”. CLAMP, Kerry (org) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, ps. 56-73.

cuentas con la *accountability* moral de las empresas en la JTC, tales como la irreversibilidad de la pérdida de la memoria colectiva, la difícil reparación a las víctimas de daño, sin que ellas sean retraumatizadas por la reposición en el tiempo de las emociones negativas, o aun cómo ofrecer a las víctimas condiciones adecuadas para el ejercicio o rechazo del perdón. Incluso a causa de todas las advertencias, esta reconciliación de las redes empresariales puede ofrecer una ponderosa crítica a la retórica de la integridad, impactando en la propia legitimación democrática de los negocios.

Sea como fuere, la observación del movimiento de las ideas de Justicia de Transición y sus aprendizajes históricos pueden ser decisivos para un mejor conocimiento sobre la materia, siendo esencial para articular los mecanismos jurídicos y la extensión de las obligaciones morales a las corporaciones. Con base en esta revisión ética de la libertad de acción empresarial, sería bastante posible articular soluciones de transición (procesos de verdad y justicia) con iniciativas corporativas innovadoras, capaces de combinar estrategias transicionales y restaurativas: creación de procedimientos internos, empleo de canales de comunicación en la esfera pública que viabilicen el uso de narrativas de las víctimas y la sincera apología del ofensor como forma de reconocimiento y búsqueda por verdad, justicia, preservación de

la memoria histórica (113), reformas institucionales, revisión de los códigos de conductas y ética, capacitación interna y de terceros, compromiso de *stakeholders*, monitoreo de derechos humanos, utilización de medidas sancionadoras o restaurativas para la reconstrucción de la cohesión social (*social rebuilding*) disuelta por las atrocidades. Esto sería apenas el comienzo de una promisoriosa agenda de investigación.

#### XI. Conclusión: la JTC como nueva generación de estudios transicionales

La categorización de la JTC presupone análisis pormenorizado de cada uno de los casos en que se reconoció la responsabilidad empresarial, extrayendo de allí las estrategias utilizadas para reconstruir los hechos (proceso productivo, proceso conflictivo y proceso represivo). Sin esto, difícilmente se pueda entender el lugar de la victimización y violaciones de derechos humanos perpetradas con la complicidad de las corporaciones, y mucho menos dedicar esfuerzos científicos y movilización de sectores organizados de la sociedad para la reconstrucción social postconflicto. La aprehensión de la JTC como nueva categoría analítica podría orientar mejor la sistematización del conocimiento sobre la *corporate accountability*, sobre todo con base en la legitimación de la responsabilidad jurídica y moral de las empresas. Esta sería la plataforma básica a partir de la cual se conecte

la figura de la víctima, daño, atribución de responsabilidad y prácticas restaurativas en configuración transicional.

Asimismo, las corporaciones aun no reconocieron —al menos no de forma suficiente con relación a la reparación y a las prácticas restaurativas— y están lejos de reconocer su complicidad con dinámicas autoritarias. Para la elaboración de la red empresarial de financiación de regímenes autoritarios, demostrando la articulación de los esquemas de financiación de forma didáctica y ampliamente accesible, faltan aún iniciativas o un estándar básico de *accountability*. El reconocimiento de la JTC es solamente el comienzo de una movilización científica en torno de una verificación empírica más consistente y observaciones científicas más consistentes sobre la complicidad con dinámicas autoritarias.

La principal promesa de la JTC es justamente el hecho de que ella representa la apertura al diálogo y a la participación de las empresas, fundamentada en la obligación moral y el propósito democrático, en la transición y en el enfrentamiento a la ascensión de dinámicas autoritarias. La JTC puede servir al propósito de utilización de recursos del sector privado, estableciendo sociedades estratégicas en favor de la estructuración normativa de una sociedad democrática. La JTC debe ayudar no solamente a comprender mejor la rutinización de la agresividad y ambición del mundo cor-

porativo, o a dimensionar con mayor consistencia la extensión del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Al mismo tiempo, la JTC dinamiza la evaluación crítica sobre la desestabilización de los procedimientos democráticos que deviene del sector privado y revé el rol de las empresas en la sociedad, de forma tal que pueda inspirar iniciativas corporativas innovadoras orientadas a la reconstrucción social postconflicto.

Se parte del presupuesto de que el compromiso ético debería ser inconsistente si es ajeno al compromiso histórico democrático. La continuidad histórica de la complicidad acaba minando la legitimidad de las iniciativas corporativas de integridad, especialmente en lo que concierne a mejoras prácticas de *compliance* y a cierto fanatismo moral de las operaciones de *enforcement* para “lavar” la corrupción en Latinoamérica. Sería, como mínimo, un sin sentido que empresas que ni siquiera reconocieron su rol en el apoyo y en la superación de dinámicas autoritarias puedan liderar el ideario de la ética en los negocios. Hay una serie de injusticias aun no reconocidas que deberían fundamentar la revisión ética de la integridad de los negocios en Latinoamérica. La JTC como nueva generación de estudios transicionales no podría encontrar mejor oportunidad histórica.

Cita on line: AR/DOC/1546/2020

#### { NOTAS }

(113) La preservación de la memoria histórica guarda profunda afinidad con las narrativas y las estrategias empleadas para la reconstrucción social postconflicto. En la lectura de Teresa Phelps, “for this wider healing to occur, the country must participate in the

proces; the storytelling cannot be private or confidential. The stories must be heard by official representatives of the state and publicly acknowledged. “The goal is not exorcism but acknowledgment”. The public nature of the storytelling allows the individual victims

to see their story as part of a larger narrative about violence and ‘to know that one’s suffering is not solely a private experience, best forgotten, but instead an indictment of a social cataclysm. It can transform individual victims into a community of survivors”, PHELPS,

Teresa Godwin. *Shattered voices: language, violence, and the work of Truth Commissions*. Filadelfia: Penn, 2004, p. 59.

# Prisión en tiempos de COVID-19

Carlos E. Llera (\*)

SUMARIO: I. Postulación del tema. — II. El virus COVID-19 y el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. — III. A modo de conclusión.

#### I. Postulación del tema

Me propongo reflexionar respecto de cómo debe ser abordado el estudio de un pedido de excarcelación solicitado por una persona privada de la libertad a la luz de la situación de público conocimiento que nos afecta, la propagación a escala mundial del virus COVID-19, catalogada como pandemia (1) por la Organización Mundial de la

Salud (OMS), el pasado 11 de marzo, debido a los “niveles alarmantes de propagación y gravedad” (2).

#### II. El virus COVID-19 y el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad

La OMS recordó a todos los países y comunidades que la propagación de este virus puede frenarse considerablemente o inclu-

so revertirse si se aplican medidas firmes de contención y de control (3).

El organismo señaló que es posible sosegar la propagación del virus y que su impacto se puede reducir a través de una serie de medidas universalmente aplicables que suponen, entre otras cosas, la colaboración del conjunto de la sociedad para detectar a las personas enfermas, llevarlas a los cen-

tros de atención, hacer un seguimiento de los contactos, preparar a los hospitales y las clínicas para gestionar el aumento de pacientes y capacitar a los trabajadores de la salud.

La evocada declaración motivó que el Poder Ejecutivo nacional decretara, el día 12 de marzo de 2020, la “Emergencia Sanitaria”, por el plazo de un año a partir de

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Director del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador (USAL).

(1) Corresponde decretar la suspensión de los plazos procesales, la realización de las audiencias fijadas y la totalidad de las diligencias pendientes de cumplimiento hasta el día 31 de marzo inclusive, habida cuenta el contexto de pandemia que padece la población mundial, en virtud de la velocidad con la que se propaga el virus COVID-19 que ha gestado una preocupante, generalizada y alarmante emergencia epidemiológica, con lo cual no cabe otra posibilidad que encuadrar la situación de hecho descripta en el tercer párrafo del art. 157 del Cód. de Procedimientos. Juzgado de la Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 2 de Azul, 16/03/2020, “Banco Hipotecario Nacional S.A. c. Martínez, Héctor O. s/ cobro ejecutivo”. La Ley Online

AR/JUR/1034/2020. Teniendo en cuenta la situación epidemiológica declarada por la OMS motivada por la pandemia del coronavirus (COVID-19), los decretos de los Poderes Ejecutivos Nacional y Provincial 260/2020 y 531/2020 y el Acuerdo de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, corresponde establecer un receso judicial extraordinario por razones sanitarias desde el 17/03/2020 al 31/02/2020, sin perjuicio de la sujeción del personal disponible a las necesidades del servicio, por lo que no deben ausentarse de sus lugares de residencia, y la suspensión de plazos procesales y administrativos, con prestación mínima de servicio. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala superintendencia, 16/03/2020, Acordada. La Ley Online. AR/JUR/1657/2020. Considerando que los hechos de público conocimiento vinculados a la pan-

demia generada por COVID-19 han determinado el dictado de normativa de emergencia por los Poderes Ejecutivos Nacional y Provincial, que el 12 de marzo pasado se decretó la emergencia sanitaria estableciendo las medidas y recomendaciones necesarias para transitar la pandemia y que el Poder Ejecutivo provincial por dec. 266/2020 ha dispuesto licencias y medidas tendientes a evitar la circulación del virus, corresponde adherir al decreto en lo referido al régimen de licencias y establecer un receso extraordinario con régimen de feria judicial a partir del 17 y hasta el 31 de marzo con horario de atención al público de 8 a 13 horas, sin perjuicio de la recepción en todo horario de denuncias relacionadas al incumplimiento del aislamiento obligatorio. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 16/03/2020, Acordada N° 9/2020. La Ley Online AR/JUR/1658/2020.

(2) La OMS ha evaluado este brote durante los últimos días y estamos profundamente preocupados, tanto por los niveles alarmantes de propagación y de gravedad, como por los niveles alarmantes de inacción. Es por ello por lo que hemos decidido decretar el “estado de pandemia”. El director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha declarado que el coronavirus COVID-19 pasa de ser una epidemia a una pandemia. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pandemia-brote-de-covid-19-nivel-mundial-segun-oms-1895>.

(3) “Debemos detener, contener, controlar, retrasar y reducir el impacto de este virus a cada oportunidad que tengamos. Todas las personas están en condiciones de contribuir a este esfuerzo, de protegerse a sí mismas, de proteger a los demás, ya sea en el hogar, en

la entrada en vigor del dec. 260/2020 (BO: 14/03/2020), en el que se precisó la necesidad de extremar los recaudos para combatir el contagio (4).

La sucesión de casos a escala mundial llevó al Ejecutivo nacional a dictar un nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia, el DNU 297/2020 (BO 19/03/2020) (5), que, en lo sustancial, dispuso “...la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio...” de las personas que habitan en el territorio de la República Argentina; con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la resultante afectación de la salud pública y de los demás derechos subjetivos derivados, como la vida y la integridad física de las personas.

El Poder Ejecutivo nacional ponderó la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional y el incremento de casos confirmados en el territorio de la Nación. Por tanto, advirtió la necesidad de adoptar medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia, ello con el fin de mitigar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario.

En sintonía con lo dispuesto en materia sanitaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (6) encomendó a los magistrados judiciales, vía la acordada 6/2020 (7), llevar

a cabo los actos procesales que no admitieran demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable (art. 3º), y subrayó, en lo que aquí interesa, que “A los efectos de lo previsto en el punto anterior se deberá tener especialmente en consideración, entre otras cosas, las siguientes materias: a) penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas...” (Art. 4º) (8).

La situación pandémica del coronavirus (COVID-19), podría proyectar sus efectos negativos particularmente sobre las personas que se encuentran privadas de su libertad, en especial en el marco de la declarada “emergencia carcelaria” (9).

La sumatoria de las dos emergencias —la sanitaria y la carcelaria— nos interpelan a formular algunas presiones acerca del derecho a la salud en contextos de encierro.

El derecho a la salud (10) es vital, pues sin ella todo lo demás es insuficiente y en este aspecto, conviene tener muy presente la específica condición de garante (11) que le corresponde al Estado respecto de todas las personas que se encuentran detenidas (12).

La salud física y mental de las personas privadas de libertad ambulatoria constituye un derecho esencial (13), especialmente

para la preservación de su vida. Se encuentra amparado en el art. 18 de la Constitución Nacional (CN), que consagra que las “cárceles de la Nación serán sanas y limpias” (14)

Es que, las personas detenidas conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales (15), afirmación tributaria del principio de humanidad de las penas (16), y la consecuente prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes (17).

De este modo, al igual que el resto de la población, las personas privadas de su libertad tienen el derecho al mayor y más oportuno acceso a través de los niveles sanitarios adecuados disponibles y deberá brindarse la oportuna asistencia médica integral, debiéndose respetar los principios de equivalencia e integración.

No es ocioso recordar que la normativa protectora de los Derechos Humanos vigente es pródiga en cuanto a la obligación del Estado de garantizar adecuada atención sanitaria.

Así, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, en

su art. 12 prevé que “Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. También los Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos en su punto 1: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos” y en su punto 2 “Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica” (18).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) (19), en su Regla 24 establecen que “1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica. 2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia” (20).

La privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y

## { NOTAS }

la comunidad, en el sistema de atención de salud, en el lugar de trabajo o en el sistema de transporte”. <https://www.who.int/es/news-room/detail/07-03-2020-who-statement-on-cases-of-covid-19-surpassing-100-000>.

(4) Teniendo en cuenta que el encausado salió del país con destino a los Estados Unidos de América el día 8 de marzo de 2020 y retornó desde la República Oriental del Uruguay el día 14 de 2020 y que no habría permanecido aislado en su domicilio al retorno de su viaje, se configura una posible infracción al art. 205 del Cód. Penal, por cuanto podría haber violado el art. 7º, incs. d) y e) del dec. 260/2020 de Emergencia Sanitaria, toda vez que aquel provenía de un país que se encuentra calificado como foco de contagio del virus COVID-19 (Coronavirus). Juzgado Federal de la Instancia de Campana, 16/03/2020, G., T. s/ Violación de medidas - propagación de epidemia (art. 205, Cód. Penal). AR/JUR/1280/2020.

(5) El DNU 297/2020 dictado con el fin de evitar la propagación de la Pandemia provocada por el COVID-19, busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional; pues, si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa, sino de los terceros con los que se tenga contacto. CNCrim. y Correc., sala de *habeas corpus*, 21/03/2020, “K., P. s/ Habeas corpus”. La Ley Online, AR/JUR/3147/2020.

(6) En los términos de lo previsto en el art. 2º del Reglamento para la Justicia Nacional, feria extraordinaria —por las razones de salud pública referidas y atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020— respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, desde el 20 al 31 de marzo inclusive, la que, eventualmente, se extenderá por el por igual plazo que el que el Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga. CS, 20/03/2020, Acordada Nº 6/2020. AR/JUR/1890/2020.

(7) El Poder Ejecutivo Nacional, a través del DNU-2020-325-APN-PTE (BO 31/03/2020), prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 12 de abril próximo, inclusive. El jefe de Estado instó a la sociedad a seguir cumpliendo con la cuarentena que, según la prórroga, regirá hasta las cero horas del domingo 12 de abril de 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/03/30/alberto-fernandez-anuncia-la-extension-de-la-cuarentena-total/>. La Feria Judicial continúa en atención a lo dispuesto por el art. 2º de la Acordada 6/20 “...se extenderá por igual plazo que el PEN pueda disponer su prórroga”. <https://www.cij.gov.ar/nota-36981-Acordadas-6-2020-y-7-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>.

(8) La Cámara Federal de Casación Penal, por Acordada 3/2020 expresó su preocupación respecto

la situación de las personas privadas de libertad, debido a las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de emergencia penitenciaria, lo que permitía inferir “las consecuencias sobre aquellas personas que, además, deban ser considerados dentro de un grupo de riesgo”. Encomendó el preferente despacho para la tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo debido a sus condiciones preexistentes y encomendó a las autoridades competentes la adopción de un protocolo específico para la prevención y protección del CORONAVIRUS COVID-19 en contexto de encierro. Abundando, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la Acordada Nº 2/2020 (09/03/2020), a fin de satisfacer los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada. Dada la extraordinaria situación epidemiológica provocada por el Coronavirus COVID-19, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires adopta medidas excepcionales de carácter preventivo:—Disponer la suspensión de los plazos judiciales en el ámbito jurisdiccional del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —excluido el Tribunal Superior de Justicia— entre los días 17 y 31 de marzo inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos que efectivamente se cumplan.—Disponer que durante ese período tramitarán ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario los amparos, medidas cautelares, asuntos alimentarios —incluidos honorarios profesionales y demás cuestiones que a pedido de parte sean consideradas urgentes por los magistrados— y puedan ser atendidas con una dotación mínima de personal.—Disponer que durante ese período tramitarán ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas sólo las cuestiones urgentes.—Establecer que los magistrados de ambos fueros y los miembros del Consejo de la Magistratura determinarán la dotación de personal mínima de agentes que permanecerán en funciones, no pudiendo superar un tercio (1/3) del personal a su cargo, excluyendo al personal licenciado mediante res. pres. Nº 250/2020. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16/03/2020, res. Nº 58/2020. La Ley Online AR/JUR/1639/2020.

(9) Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>.

(10) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud como parte integrante los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), así como respecto de los derechos de las personas mayores. La sentencia se dio en el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” sentencia de 8 marzo

de 2018, (Fondo, Reparaciones y Costas). La Corte IDH determinó que la salud es un “derecho protegido por la Convención Americana”, y que este los Estados deben “asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación”. Corte IDH, Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 189. El art. 143 de la ley 24.660 le reconoce expresamente a los privados de la libertad el derecho a la salud, a la vez que indica que la respuesta punitiva tiene como límite la integridad física y la salud psicofísica. ORDÓÑEZ, Pablo, “Análisis de los artículos vinculados a la salud en la ley 24.660. La importancia de las “Reglas Mandela”. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46565.pdf> LLERA, Carlos E., “Arresto domiciliario, ajustes razonables y personas con discapacidad privadas de la libertad”. <http://www.articulo12.org.ar/premios/08-llera.pdf>.

(11) CS, Fallos: 318:1894, “Dessy”. “...el ingreso a una prisión, en tal calidad (de condenado), no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional” (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano). La Corte IDH, al resolver el 22 de noviembre de 2018 las “Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, reforzó una vez más la función de garante del Estado sobre las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad. [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf). La Corte IDH, Máximo Tribunal de nuestro sistema regional, en varias oportunidades abordó la problemática, acuñando una doctrina diáfana que responsabiliza al Estado en tanto garante de los derechos de los individuos bajo custodia, consagrados en la Convención. “...Las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables”. Caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, sent. del 11 de marzo de 2005, párr. 97.

(12) “... ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos huma-

nos, lo que no es posible aceptar”. Corte IDH, “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, sent. del 2 de septiembre de 2004 —Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas—, párr. 153. En similar sentido Corte IDH, “Neira Alegría y otros vs. Perú”, sent. del 19 de enero de 1995 —Fondo—, párr. 60—.

(13) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(...) lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (...) reafirma el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”. Fallos 323:3229.

(14) Art. 75, inc. 22 de la CN, se encuentra amparado, además, en los arts. 4.1, 5, 19 y 26 de la CADH; 12.1 y 2 ap. “d” del PIDESC; arts. 3 y 25 de la DUDH y en los arts. 1 y 11 de la DADDH.

(15) Con el reconocimiento de derechos a las personas privadas de libertad, la situación reclama un tratamiento que contemple el principio de humanidad de la pena. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º, apart. 2

(16) El principio de humanidad de las penas está consagrado en los arts. 10.1 del PIDCyP y 5.2 de la CADH, y su consecuencia es la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 18 de la CN, 7 del PIDCyP, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

(17) Constitución Nacional, arts. 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 16 de la y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5º, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 4, 9 y 10.

(18) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

(19) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). [https://www.unode.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unode.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf).

(20) Abundando, la Regla 30 reza que “Un médico u otro profesional de la salud competente, esté o no a las órdenes del médico, deberá ver a cada recluso, hablar con él y examinarlo tan pronto como sea posible tras su ingreso y, posteriormente, tan a menudo como sea necesario (...) d) facilitar a los reclusos de quienes se sospeche que sufren enfermedades contagiosas aislamiento médico y un tratamiento apropiado durante el período de infección...”. La

obligaciones de instituciones públicas requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de estos. El acceso a salud compromete la prestación efectiva de esa obligación genérica y el control de esta por parte de los agentes estatales.

Esa normativa es acorde con los lineamientos éticos que deben guiar la atención de la salud y que están contenidos en los “Principios de ética médica” acordados por la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1982 (21), que señalan el deber de atender a los pacientes y actuar de acuerdo con sus mejores intereses, así como el deber moral de proteger la salud de los detenidos.

Se consagra así la perspectiva de respeto de los derechos humanos que se sostiene en el cumplimiento por parte del personal de salud del deber de una asistencia compasiva, confidencial y respetuosa de la autonomía de las personas encerradas, a las que deben dirigir sus acciones.

Al marco normativo constitucional y convencional, hoy debemos añadir que nos encontramos ante un escenario extraordinario: el de una Pandemia mundial. La aparición del COVID-19 ha provocado el despliegue universal de medidas para resguardar a los grupos de riesgo, principalmente a aquellos que padecen ciertas patologías preexistentes, que elevan las posibilidades de que —de contraer la enfermedad— se produzca un desenlace fatal.

La experiencia acumulada en los diferentes monitoreos realizados por el Sistema

*Interinstitucional de Control de Cárcels* (22), en materia de derecho a la salud y de atención médica, ilustra acabadamente sobre las dificultades que enfrentan las personas detenidas para acceder a los servicios de salud (23).

Se ha comprobado que el acceso por parte de las personas privadas de su libertad a todos los insumos que aseguren la prevención de las enfermedades infectocontagiosas frecuentes en el encierro resulta limitado.

La prevalencia de estas enfermedades (en particular VHI y tuberculosis), como de otras no contagiosas (diabetes, hipertensión), es mayor en el contexto de encierro que en el medio libre, y en este ámbito de *emergencia sanitaria* se torna esencial considerar todos los factores que hacen a la accesibilidad de las personas detenidas a la información, a los insumos de prevención y tratamiento específico e integral por su alto grado de vulnerabilidad.

Ante la expansión de la pandemia del coronavirus, la población carcelaria es uno de los sectores de la sociedad que más riesgos enfrenta (24).

Resulta oportuno concluir este capítulo deteniéndonos en las contundentes declaraciones del *Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU* (25).

La funcionaria Michel Bachelet reclamó a los Estados Nacionales que adopten medidas urgentes para proteger la salud y la se-

guridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19.

Ello, en razón de que existe el riesgo cierto de que la pandemia “*arrase*” con las personas detenidas ya que los centros están “*atestados*”. Y, exhortó a las autoridades competentes a que procedan con premura a fin de reducir el número de personas detenidas, al tiempo que señaló que varios países ya habían adoptado medidas positivas al respecto.

La sobrepoblación es uno de los principales problemas, porque impide la implementación de medidas de higiene básicas y de *distanciamiento social*, conf. lo recomendado desde el punto de vista sanitario por la OMS.

### III. A modo de conclusión

Resulta sustancial realizar un análisis pormenorizado al momento de resolver el cese o la continuidad de una prisión preventiva a fin de determinar si quien reclama la excarcelación o una morigeración del encierro cautelar, se encuentra dentro de la población de riesgo que presenta mayores posibilidades de contagio del virus COVID-19, o bien presenta en una especial condicional de vulnerabilidad que amerita un tratamiento diferenciado (26).

Ha aparecido un nuevo motivo, que elevó el riesgo en la salud de los presos —el

COVID-19—, principalmente de aquellos que padecen las patologías enumeradas en la normativa dispuesta por el Ministerio de Salud en consonancia con la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, que debe indudablemente jugar frente al otorgamiento de la medida de morigeración para los casos en los que resulte posible.

Frente a la crisis sanitaria a consecuencia del coronavirus (COVID-19), se agudizaron las condiciones de vulnerabilidad, particularmente, de quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) exhortó a los Estados a “adoptar medidas alternativas a la privación total de la libertad, siempre que fuera posible, evitando el hacinamiento (27) en las cárceles, lo que puede contribuir con la propagación del virus” (28).

Corresponde tener en consideración la especial situación de encierro, el estado de salud o la edad (29), alegado por quien reclama el cese o la morigeración de un encierro cautelar que lo ubica en un particular estado de vulnerabilidad, desprotección y peligro frente a los efectos y derivaciones de la pandemia originada por la propagación del virus COVID-19, y la consiguiente adopción de medidas que observen principios humanitarios y sanitarios (30).

### { NOTAS }

Regla 35 postula que “*1. El médico o el organismo de salud pública competente hará inspecciones periódicas y asesorará al director del establecimiento penitenciario con respecto a: a) la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos; c) las condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación; d) la calidad y el aseo de la ropa y la cama de los reclusos; e) la observancia de las reglas relativas a la educación física y la práctica deportiva cuando estas actividades no sean organizadas por personal especializado.*”

(21) “Principios de ética médica” acordados por la Organización de Estados Americanos (OEA), Adoptados por la Asamblea General en su res. 37/194, del 18 de diciembre de 1982. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MedicalEthics.aspx>.

(22) Disponibles en [www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/52-comision-de-carceles/593-sistema-de-coordinacion-y-seguimiento-de-control-judicial-de-unidades-carcelarias](http://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones/52-comision-de-carceles/593-sistema-de-coordinacion-y-seguimiento-de-control-judicial-de-unidades-carcelarias).

(23) La Comisión de Cárcels de la Defensoría General de la Nación participa del Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de las Unidades Carcelarias. El Sistema está integrado por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal; su Subcomisión, compuesta por jueces de tribunales orales y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional; el representante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal; los jueces nacionales de ejecución penal; la Procuración General de la Nación —Procuraduría contra la Violencia Institucional—; la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación. El Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal intervienen en carácter de miembros. Mediante la res. DGN Nº 285/2020, la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez solicitó a la cartera de Justicia “*la adopción, con carácter urgente, de un protocolo específico para la prevención y protección del coronavirus COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo, y de las personas vinculadas a ellos*”. La ministra Dra. Marcela Losardo aprobó recomendaciones a implementarse en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (SPF), que figuran como Anexo II de las Resoluciones MJ Nº 103 y 105/2020 del pasado 17 de marzo. El Director Nacional

del Servicio Penitenciario Federal, Emiliano Blanco, mediante la Disposición SPF Nº 48/2020, aprobó e implementó el “*Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19*”, que se propone reducir la propagación del brote a los establecimientos penitenciarios. Ese ordenamiento incluye medidas de prevención en materia sanitaria y determina el accionar concreto que debe realizarse ante el ingreso al ámbito penitenciario de las personas privadas de la libertad. Junto al protocolo, también entraron en vigor, a partir del 20 de marzo, el cuestionario de “*Declaración Jurada*” y el “*Flujograma del Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19*”.

(24) La Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación Pensamiento Penal, y otras organizaciones no gubernamentales especializadas —entre otras cosas— en la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, solicitaron medidas urgentes para contener la situación y proteger la integridad de las personas detenidas. Entre ellas, la aplicación por parte del Poder Judicial de morigeraciones y arrestos domiciliarios para grupos vulnerables y la urgente distribución de elementos de prevención (higiene personal y general), de comida y medicamentos. En esa línea, también ha manifestado su preocupación el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT) y solicitó que se adopten las medidas excepcionales y urgentes que permitan contener esta emergencia; medidas orientadas fundamentalmente a descomprimir la situación de sobrepoblación y hacinamiento.

(25) La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, pidió a los gobiernos que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19. “El COVID-19 ha empezado a propagarse en las prisiones, las cárceles y los centros de detención de migrantes, así como en hospicios y hospitales psiquiátricos, y existe el riesgo de que arrase con las personas reclusas en esas instituciones, que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad”. “En muchos países, los centros de reclusión están atestados y en algunos casos lo están de manera peligrosa. A menudo

los internos se encuentran en condiciones higiénicas deplorables y los servicios de salud suelen ser deficientes o inexistentes. En esas condiciones, el distanciamiento físico y el autoaislamiento resultan prácticamente imposibles”. Ginebra, Suiza, 25 de marzo de 2020. <https://acnudh.org/hay-que-tomar-medidas-urgentes-para-evitar-que-el-covid-19-cause-estragos-en-las-prisiones/>

(26) La Procuración Penitenciaria de la Nación dictó recomendaciones y sostuvo que “*el abordaje de la crisis sanitaria en las prisiones no puede afrontarse en las actuales condiciones de hacinamiento y sobrepoblación que suscitaron la declaración de emergencia en materia penitenciaria. Este contexto en que el riesgo al contagio se ve aumentado obliga a tomar medidas de emergencia y torna aún más urgente la necesidad de reducir la población privada de libertad*” y recomienda la promoción de medidas alternativas a la prisión para el grupo de riesgo, así como también exige “*condiciones de limpieza y salubridad en los sectores que actualmente se encuentren alojadas las personas incluidas en los grupos de riesgo*”. “Recomendación para la adopción de medidas específicas de actuación en la totalidad de los establecimientos penitenciarios federales ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19) en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio. DNU-2020-297-APN-PTE”, consids. 19, 20, 21 y 22, del 27 de marzo de 2020.

(27) CFCP, Sala II causa Nº FSM 8237/2014/13/CFCI, “Procuración Penitenciaria de la Nación s/ recurso de casación”, reg. Nº 1351/19, rta. 28/06/2019). ver voto del juez Alejandro W. Slokar, donde señala la crítica situación carcelaria fruto del *hiperhacinamiento*, que derivó en la “*emergencia carcelaria*”. Señaló que conf. el criterio sostenido y consolidado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hacinamiento constituye una violación al derecho a la integridad personal y obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Tibi vs. Ecuador”, sent. de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº114, párr. 150; Caso “Fleury y otros vs. Haití”, cit., párr. 85; Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 5 de julio de 2006. Serie C Nº150, párr. 20; Caso “Vélez Loor vs. Panamá. Excepción Preliminar”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nº 218, párr. 204, Caso “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras”. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 241. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67. ZAFFARONI, Eugenio

R., “*Muertes anunciadas*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1992.

(28) <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/HYPERLINK> “<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>” comunicados/2020/060.asp.

(29) Dado que la Organización Mundial de la Salud declaró al brote de coronavirus como una pandemia, se deben adoptar todas las medidas que aseguren el derecho a la salud de la población carcelaria, extremando los cuidados médicos de aquellas personas consideradas de riesgo, por lo tanto, se dispone el arresto domiciliario de un interno que tiene 67 años de edad y diabetes, pues si bien se encuentra compensado, pertenece al grupo vulnerable según los criterios establecidos para la clasificación de riesgo en los términos de “Alerta Epidemiológica del Coronavirus CODIV 19”. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 17/03/2020, “C., J. P. s/ Incidente de prisión domiciliaria”. AR/JUR/1081/2020. La prisión domiciliaria solicitada a favor de una mujer de 65 años fundada en la actual pandemia debe rechazarse, pues las patologías que sufre no resultan de gravedad, están siendo controladas y se encuentra clínicamente estable, máxime cuando no hay aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se aloja, ni en su módulo, ni en el establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país y cuando existe y se está llevando a cabo un Protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Córdoba, 19/03/2020, “Antón, Mirta Graciela s/ Legajo de Ejecución Penal”. La Ley Online AR/JUR/1734/2020. La excarcelación de un detenido que integra el grupo de riesgo etario de contagio de la Pandemia causada por el Coronavirus COVID-19 debe ser denegada, pues la situación de encierro no agrava su situación de riesgo, sino que profundiza la posibilidad de evitar el contagio; máxime cuando se encuentra alojado en el pabellón residencial para adultos mayores (Lesa Humanidad) donde los internos no se encuentran hacinados y donde, ante cualquier eventual urgencia, su salud se ve resguardada, ya que el imputado dispone de personal médico idóneo dentro de la unidad, tanto para su control, seguimiento e inmediata atención, en caso de que así lo requiera. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de San Martín, 18/03/2020, Marcelo Cinto Courtaux. AR/JUR/1698/2020.

(30) La Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud recomendó dar priori-

Se debe resolver teniendo en cuenta la posibilidad de aplicarle una medida que resulte ser la menos gravosa en su condición de vulnerabilidad; y a la vez, que no se vean frustrados los fines del proceso (31).

El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura postuló: “el Comité insiste en realizar un llamado a los Señores Jueces y Fiscales a tener presente la especial situación por la que atraviesa el país y el mundo, así como la imposibilidad del Estado de garantizar la integridad física de muchas de las personas privadas de la libertad, antes de dictaminar en forma negativa o resolver rechazando lo peticionado” (32).

La situación nos interpela a adoptar una decisión que logre compatibilizar el aseguramiento de los fines del proceso con los

derechos involucrados, echando mano a medidas de restricción de la libertad en domicilio, la *detención domiciliaria* (33).

Insisto, en el contexto extraordinario actual de pandemia, esta es la solución que mejor se ajusta a la protección integral de los derechos en juego, a la salud, a una vida digna y libre de violencia, a la familia, a la igualdad y a un *trato humanitario* a la vez que resguarda las garantías del debido proceso, defensa en juicio y el principio *pro homine*, asegurando la evitación de la *trascendencia de la pena* (34).

La detención domiciliaria constituye la solución aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica, además, una afectación que trasciende a la persona privada de libertad (35), si desde siempre se

reclama que las penas no se proyecten a la familia del justiciable (36).

A idéntica conclusión podemos arribar en los supuestos de prisión en caso de condenados (37). La ley 24.660 no puede admitir que la detención domiciliaria sea sustituta de la prisión solo en el supuesto que el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible, como la establecía su antigua redacción. La expresión “*trato humano al condenado*” reclama que le permita tener una buena calidad de vida —ya sea en prisión o en su domicilio—; lo contrario desnaturaría el sentido del instituto como alternativa de prisión. También se desvirtuaría si se tolerase el cumplimiento de la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin

ocasionar un riesgo para la vida o la salud psicofísica, al igual que si se probase que el encierro en un establecimiento empeora su delicado estado de salud, lo contrario acarrearía que la pena privativa de libertad se convierta en una pena privativa de la salud o pena corporal, constitucionalmente prohibida (38).

Resolver en sentido contrario implicaría una contradicción de la propia ley 24.660, esa interpretación sería violatoria de su art. 143, cuando reconoce a los internos condenados el derecho a la salud, al tiempo que predica que la respuesta punitiva tiene su límite en la integridad física y la salud psicofísica (39).

Cita on line: AR/DOC/1543/2020

## { NOTAS }

dad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo, con preferencia a las mujeres embarazadas y mujeres con hijos dependientes. OMS. Oficina regional para Europa. “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention Interim guidance”, 15 March 2020, p. 4. “Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención” (2020). Ha sostenido que “Las personas privadas de la libertad, tales como las que residen en cárceles y en otros lugares de detención se encuentran predispuestos a ser más vulnerables a la enfermedad del coronavirus (COVID-19, por sobre la población general, debido a las condiciones de confinamiento en las que viven juntos por prolongados períodos de tiempo. En ese sentido, la experiencia demuestra que las prisiones, cárceles e instalaciones similares las personas se encuentran en condiciones de proximidad y ello puede actuar como una fuente de infección, amplificación y diseminación de enfermedades dentro de las prisiones. La cuestión de salud en las prisiones es considerada una cuestión de salud pública. La respuesta al COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención constituye un gran desafío y requiere el involucramiento de todo el gobierno y de toda la sociedad, por las siguientes razones: 1.- La transmisión masiva de un agente patógeno que afecta a la comunidad a la larga causa una amenaza de introducción de la infección dentro de las prisiones y otros lugares de detención; el riesgo del rápido incremento de la transmisión de la enfermedad en las prisiones y en otros lugares de detención es probable que tenga un efecto amplificador de la epidemia, multiplicándose el número de personas afectadas. 2.- Los esfuerzos para controlar el COVID-19 en la comunidad es probable que fallen si una estricta prevención de la infección y medidas de control, testeo adecuado, tratamientos y cuidados no son llevados a cabo en las prisiones y en otros lugares de detención también. 3.- En muchos países, la responsabilidad por el cuidado de la salud en las prisiones y en otros lugares de detención recae sobre el Ministerio de Justicia o Asuntos Internos. Aun cuando

la responsabilidad recaiga sobre el Ministerio de Salud, la coordinación y colaboración entre la salud y los sectores de la justicia son esenciales para que la salud de las personas en las prisiones y en otros lugares de detención y la comunidad sean protegidas. 4.- Las personas en las prisiones y en otros lugares de detención se encuentran ya privados de su libertad y pueden reaccionar en forma diferente a las medidas restrictivas intensivas impuestas sobre ellos”. <https://www.infosalus.com/asistencia/noticia-oms-publica-guia-abordar-covid-19-carceles-20200323144600.html>

(31) “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa ‘menos gravosa respecto al derecho intervenido’. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5, caso ‘Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador’, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 93. En igual sentido, el principio *pro homine* o *pro persona* manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos”. Fallos: 332:1963, consid. 23.

(32) Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT). Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro <http://cnpt.gov.ar/recomendaciones-del-cnpt-ante-el-covid-19/>, <https://rednacionalor.files.wordpress.com/2020/03/medidas-occ81rganos-judiciales-cnpt-hm-1-2.pdf>.

(33) La privación cautelar de la libertad ambulatoria resulta admisible en la medida que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y siempre que no exista una medida menos gravosa para alcanzar el objetivo propuesto. Corte IDH. Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, \$129; Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Fon-

do, Reparaciones y Costas. Sent. de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, \$197; Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. vs. Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 21 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, \$93; Caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C N° 279, \$312; Caso “Wong Ho Wing Vs. Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 30 de junio de 2015, Serie C N° 297, \$248 Caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 28 de noviembre de 2018, Serie C. N° 371, \$251.

(34) El encierro preventivo del encausado/a no solo repercute en su situación individual, sino que se proyecta sobre su núcleo familiar. Debe gobernar el principio constitucional de *trascendencia mínima de la pena*. CFCP, Sala II, causa N° 684/2013: “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”, reg. N° 1363/13, rta. 20/09/2013.

(35) Del voto del juez Alejandro W. Slokar en la causa CFCP, Sala de Feria, CPF14833/2018/TO1/6/CFC1, “Ramírez, Sofía s/recurso de casación”, registro N° 6/20, resuelta el 27 de marzo de 2020.

(36) El principio de intrascendencia de la pena prevista en el art. 5.3 de la C.A.D.H., que establece que aquella no puede trascender de la persona del delincuente.

(37) El régimen progresivo previsto para la ejecución de penas privativas de libertad —art. 5 de la citada ley— constituye una modalidad distinta y excepcional de su cumplimiento —al punto que se puede otorgar independientemente de la evolución que hubiese desarrollado en el tratamiento individual carcelario—, del monto de la pena impuesta y de la naturaleza del delito que hubiese cometido, pues prioriza condiciones más dignas en el modo de cumplir la condena humanizando el castigo, antes que el aseguramiento pleno que ofrece la prisión.

(38) Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 5, de la jueza María Jimena Monsalve, causa nro. 18978/2016/TO1/EP1.

(39) Dispuesto el arresto domiciliario se podrán imponer al interno obligaciones, tales como: 1) prohibición de ausentarse del domicilio donde cumplirá la medida de morigeración de prisión, quedando solo autorizado su egreso, en forma excepcional, por razones de urgencia médica, debiendo acreditar dicha circunstancia al Tribunal y a la Dirección Nacional de Control y Asistencia de la Ejecución Penal en el plazo de 48 horas de producida, y comparecer todas las veces que fuera convocado a los estrados, bajo apercibimiento de revocar el régimen de morigeración de prisión; 2) comunicar a la Dirección Nacional de Control y Asistencia de la Ejecución Penal, a fin que, una vez finalizada la emergencia sanitaria, comience con la supervisión y control del régimen dispuesto, debiéndose informar semanalmente a la judicatura; 3) requerir a la Dirección Nacional de Readaptación Social, dependiente de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a fin que, en los términos de la res. 1379/2010 (BO 01/07/2015) de dicho Ministerio, disponga las medidas del caso para que el personal del “Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica” le coloque, en caso de ser posible, un mecanismo de vigilancia electrónica; 4) poner en conocimiento del Sr. Director del C.P.F. donde este alojado el interno que deberá trasladar —en el día de la fecha— al domicilio donde cumplirá la respectiva medida de morigeración de prisión; 5) requerir que previo a cumplir el traslado se adopten las medidas necesarias para descartar —por el momento— que el justiciable presenta síntomas compatibles con el COVID-19; y 6) labrar acta donde el interno deberá ser notificado de todo lo dispuesto y luego remitir aquella constancia en el plazo de 24 horas al correo electrónico del Tribunal.

# Intimidación pública: *fake news* en época de pandemia (COVID-19)

Luciano Bianchi (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El delito de intimidación pública: generalidades.— III. A modo de epílogo.

## I. Introducción

A comienzos del año 2020, el planeta se ha visto consternado por una realidad innegable y que guarda estricta relación con un nuevo patógeno que afecta especialmente

la capacidad respiratoria de las personas, el COVID-19 o enfermedad por coronavirus 2019.

Si bien, como se ha dicho, el primer caso de contagio pudo haber ocurrido hacia fines

del año 2019 en Wuhan, una ciudad del sur de China, lo cierto es que el COVID-19 se ha extendido a centenares de países, atravesando fronteras y afectando —sin distinción y con variable gravedad— a individuos de distintas regiones.

Las autoridades gubernamentales de los Estados se han visto en la necesidad de reorganizar las agendas y asignarle prioridad a la atención de esta enfermedad epidémica. Y ello, por cuanto la rápida transmisión del virus, su agresividad y la cantidad de

personas —al mismo tiempo— infectadas en múltiples zonas ha puesto a prueba no solo el sistema de salud de los Estados; sino, en muchos casos, directamente las restantes políticas públicas de una Nación.

Nuestro país no ha sido la excepción, dado que el virus llegó y se ha propagado en distintas regiones y provincias de la Nación, afectando a miles de personas. Y que si bien es cierto que muchos de los que se infectaron fueron recuperados o siguen siendo asistidos, también lo es que otra cantidad de personas han fallecido por derivación del COVID-19.

Las autoridades gubernamentales argentinas han dispuesto distintas medidas integrales y protocolos de prevención y de asistencia para hacer frente al virus que aqueja a toda la sociedad toda. Además de ello, facilitaron a la comunidad, de canales de consulta para proveer de información oficial de importancia, a fin de que se conozca todo aquello relacionado con las zonas y los lugares de mayor contagio; los hábitos de prevención y protocolos de actuación; los síntomas del COVID-19, a partir de cuándo puede empezar a manifestarse la enfermedad, quiénes son los grupos de riesgo, la cantidad de personas contagiadas, fallecidas, recuperadas; y demás singularidades con relación al punto. Todo, a fin de que la población, cualquiera sea el lugar del territorio en el que se encuentre, acceda a información precisa y clara; y sepa —fundamentalmente— actuar ante alguna circunstancia que lo aqueje con cierta calma.

Pese a ello, la comunidad está completamente consternada; y no puede ser de otro modo, dada la entidad nociva *per se* de la pandemia. A ello, debe adicionársele la cantidad de información a la que la sociedad tiene acceso y que día a día —a nuestro juicio— aún más la estremece.

Es bien cierto que toda información a la fecha circula por medios tradicionales de anuncio. Sin embargo, las redes sociales, mensajerías, canales de YouTube y otras, permiten la circulación masiva y a una velocidad extrema de contenidos de actualidad. Y, ello no es cuestionable desde nuestra perspectiva, aun cuando esa accesibilidad estimule una sobreabundancia en la información.

Lo que sí despierta una alerta son los rumores y/o las noticias que carecen de veracidad; todo aquel contenido que se divulga como si fuese cierto y que realmente no lo es, o no ha sido comprobada su verosimilitud; incluso utilizando formatos y estilos de fuentes y documentos oficiales. Y, ello, precisamente, no sólo a causa de que el emisor haya omitido la corroboración o verificación de la fuente informativa sino, a consecuencia de un propósito y una finalidad específica que gira en torno —más que informar— a desinformar al público de una comunidad, mediante la manipulación, alteración o directamente creación de una noticia falsa (*fake news*). Y, si a ello le adicionamos la rápida circulación y sobreabundancia de las *fake news*, provocada por las innumerables vías de acceso a la información, podría pensarse en un escenario epidémico, dado por el caos noticioso o también llamado infodemia; aumentándose seriamente el pánico y la angustia de la sociedad.

Si reparamos en lo que ha sido publicado en distintos medios de difusión y en las re-

des sociales podemos advertir —por ejemplo— diferentes imágenes que significaban una infinidad de personas muertas en un espacio público, víctimas del coronavirus; cuando la imagen si bien era real, la información era falsa, dado que esa representación obedecía a otra grafía, que incluso había sido construida en términos de parodia que nada tenía que ver con la pandemia actual. De igual modo, en torno al virus se han creado y puesto a la luz distintas teorías conspirativas de las más variadas e imaginarias relacionadas —incluso— con el espionaje; o ubicando al virus a manera de programa de arma biológica encubierta. También, hemos sido espectadores o escuchado expresiones tales como la de utilizar un secador de pelos, beber agua a 60 grados, comer ajo, evitar el helado o ingerir desinfectantes domésticos para prevenir el coronavirus.

De igual modo, ¿quién no ha tomado nota de audios que han circulado por WhatsApp a partir de los cuales se generaba temor por algo que no estaba ocurriendo? Tal es el caso en el que se informaba que la mitad de la población de una determinada ciudad nortea estaba contagiada por coronavirus; que en uno de los pisos de un hospital ubicado en el Palomar, con la connivencia del Estado, se ocultaba una tienda de campaña contra el coronavirus; que el personal médico de una clínica, un centro asistencial o un hospital determinado estaba infectado de COVID-19 e iba a contagiar a todos; que un pasajero proveniente de tal o cual lugar estaba infectado y lo habrían habilitado a violar la cuarentena; o que tal o cual sanatorio de un municipio no tenía enfermeros ni médicos; o se rehusaban —simplemente— a atender a pacientes infectados por COVID-19; que en un pueblo activaron el protocolo por presuntos casos de COVID-19, algo que puso en alerta a un número importante de personas y en verdad no lo era; o cuando se ha inventado una noticia falsa con relación a un determinado vecino, médico de una institución sanitaria o funcionario público, de que estaba infectado de coronavirus y por lo que se convocó a una marcha para escracharlo, para que no pudiera ingresar a su vivienda; consultorio o lugar donde cumple funciones; entre otras. Es decir, mensajes a partir de los cuales se finge una situación de peligro que genera temor y alarma social.

Es bien cierto que la lista de ocurrencias en el sentido al que se viene haciéndose referencia podría continuar. Ahora bien, excusándonos de concluir con la nominación de cada una de las hipótesis que incluso el lector pudo haber sido oyente y contribuir en la extensión de la nómina, resta decir —en punto a ello— que muchas de esas expresiones propagadas por Facebook, WhatsApp y otros canales de comunicación no han pasado desapercibidas para la sociedad, dado que se han incoado diferentes denuncias penales formalizadas por ante la autoridad judicial y/o fiscalía para la judicialización del caso por el delito de intimidación pública respecto de quienes han generado y/o divulgado noticias falsas, incluso a quienes administras los grupos de mensajería.

Será este último punto —entonces— la base sobre la que girará el presente ensayo, permitiéndonos adentrarnos en las singularidades fácticas que presenta el tipo penal mencionado y los problemas de adecuación típica que muchas veces determinados comportamientos humanos transigen,

cuando pretende subsumírselos bajo el encuadre penal de la “intimidación pública”.

## II. El delito de intimidación pública: generalidades

Sistemáticamente, el delito de intimidación pública se encuentra ubicado en el Tít. 8, Cap. 1, art. 211 del catálogo punitivo.

El enunciado expresa “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos. Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres años a diez años”.

Se criminaliza —entonces— todos aquellos comportamientos o actividades reglamentadas que tienen la idoneidad de romper la tranquilidad pública. De tal modo, lo que se intenta proteger no es otra cosa que el derecho de todos los individuos que integran una comunidad o parte de ella a estar, vivir y sentirse tranquilos. Ese derecho que todos tienen a la paz y a conducirse ordenadamente se tutela con una serie de incriminaciones que responden al nombre genérico de intimidación pública (1).

Cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, dado que el legislador no ha impuesto una cualidad o exigencia específica en punto a ello.

Algo —parcialmente— distinto sucede respecto al sujeto pasivo, y ello por cuanto si bien es cierto que cualquier persona puede ser destinataria de esta infracción, necesariamente el enunciado requiere que el intimado no sea sólo un sujeto, sino —por el contrario— el ánimo de una generalidad de personas. No quiere decirse con ello que se esté haciendo referencia meramente a un grupo de personas (tres, nueve o veinte), sino antes bien, está direccionada a que el intimado sea una generalidad indeterminada de personas; bastando para ello que ese receptor indefinido reciba la intimidación, con presidencia si fue provocada a la vista, persona a persona o en contacto directo (tal el caso en el que el agente intimida de modo presencial a la comunidad o parte de ella en ocasión de encontrarse —uno y otros— reunidos en un espacio público o establecimiento deportivo), o sin ese enlace presencial (hipótesis que puede darse cuando el agente utiliza medios radiales, televisivos o redes sociales para la ejecución del evento criminal).

Se quiere decir con ello que la acción típica descrita en la norma tiende a influir sobre un número indeterminado de personas (2). Ello porque, como lo enseña Tazza (3), es necesario que se haya producido la afectación al menos potencial del bien jurídico aquí tutelado, en tanto pretende garantizar el normal desenvolvimiento de la vida pacífica en sociedad, libre de toda perturbación en el ánimo de una comunidad determinada. La acción será atípica si está destinada a infundir temor a una o más personas determinadas (4); y ello es así, dado que la publicidad del temor no radica tanto en la cantidad, sino en la indeterminación de las personas a las que afecta (5).

Este delito puede cometerse mediante distintos actos típicos, y que expresamente se encuentran descriptos en el enunciado legal. Veamos: a) *hacer señales* (se trata de toda expresión manual, corpórea o mecánica que simbolice ciertamente la existencia de un riesgo o peligro. Así la exhibición de telas, pañuelos u otros objetos; movimientos físicos inequívocos de pavor; encendido de sirenas; y otras); b) *dar voces de alarma* (se refiere a todas aquellas manifestaciones verbales a partir de las cuales se hace creer que hay peligro o simplemente se lo anuncia); c) *amenazar con la comisión de un delito de peligro común* (se trata del anuncio de la producción de alguno de los hechos delictivos previstos en el Título de los Delitos contra la Seguridad Común —incendio, estragos—); e) *emplear otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos* (se trata de una expresión meramente enunciativa, a partir del cual quedan comprendidos otros medios materiales con aptitud para causar un temor público o suscitar tumultos o desórdenes).

Ahora bien, la ejecución de tales acciones típicas a las que se ha hecho referencia ha de tener la magnitud o idoneidad y responder a alguno de los propósitos descriptos en el enunciado. A saber: *infundir un temor público* (es la aprensión que experimenta un número indefinido de personas; el que pueda espantar a una población o a una parte de ella); *suscitar tumultos* (es alboroto, confusión); o *desórdenes* (es desorden y alarma en público; quebrantamiento del orden sea en la alineación o en el cuidado del público, como cuando se dispersa sin control una congregación, o se lanzan al exterior, como un desplome, los asistentes de un espectáculo deportivo que se hallan en el interior de un estadio ante el falso grito de alarma de la existencia de una bomba), sin que sea necesario que el efecto sobrevenga.

En punto a ello, compartimos las referencias que trae a modo de nota Goldstein (6), con cita a Manzini en cuanto señala que el efecto querido por el agente, de infundir temor público o de suscitar tumulto o público desorden, es considerado como la meta objetiva y subjetiva del hecho, y no como un resultado que deba concretamente averiguarse. La incriminación no está condicionada a la verificación de tal efecto y ni siquiera se considera en ella el peligro de semejante verificación. El daño del delito consiste en la turbación de la tranquilidad pública, que es, o se presume, ocasionado por el hecho del delincuente, capaz de producir tal efecto.

Sigue diciendo el mencionado autor, con cita a Gómez, que la intimidación pública no existe como delito si los actos que el art. 211 enumera no se han cometido con el propósito que él determina, o sea, con el de infundir un temor público, suscitar tumulto o desórdenes. Nosotros agregamos, debe mediar relación causal entre alguna de las acciones típicas y el temor, tumulto o desorden buscado.

Por todo ello, desde nuestro enfoque juzgamos que la intimidación pública se trata de una infracción de impronta pública, dado que lo violentado no es el derecho o ánimo de solo un sujeto, sino el derecho de una comunidad o parte de ella a estar, sentirse y vivir sosegados, sin sobresalto. Y esa impronta a la que se ha hecho referencia no solo está dada por la cualidad

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho. Docente en la materia Derecho Penal, parte especial. Cursó estudios de grado, posgrado y por ante la Red Iberoamericana

de Escuelas Judiciales.

(1) GOLDSTEIN, Raúl, “Diccionario de derecho penal y criminología”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 3ª ed., p. 614.

(2) D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Có-

digo Penal de la Nación Argentina”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., t. II, p. 1055.

(3) TAZZA, Alejandro, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado Parte Especial”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2018, t. II, p. 568.

(4) D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., ob. cit.

(5) TAZZA, Alejandro, ob. cit., p. 570.

(6) GOLDSTEIN, Raúl, ob. cit.

del destinatario de la intimidación, sino también porque necesariamente los comportamientos típicos *hacer señales, dar voces de alarma, amenazar con la comisión de un delito de peligro común, o emplear otros medios materiales idóneos para producir tales efectos* deben trascender públicamente sea ya por la cualidad intrínseca de la vía o medio utilizado o por la forma o modo con el que el autor lo emplea, para que —finalmente— logre potencialmente producirse el *temor, tumulto* o *desórdenes* a los que alude el enunciado.

De allí, la única posibilidad de comisión de este delito es a título de dolo directo, resultando inadmisibles toda otra forma de comisión. El autor debe querer hacer señales, dar voces de alerta o amenazar con la comisión de alguno de los delitos de peligro común, o emplear otros medios materiales respecto a un destinatario indeterminado, y saber de la idoneidad que lo hace y del modo en el que lo representa es apto para turbar el orden que persigue o puede ser tenido como tal por el receptor. Es suficiente que el hecho pueda ser tenido como idóneo, y el conocimiento de esa circunstancia por el agente alcanza para satisfacer las exigencias subjetivas.

Es que, además del conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo objetivo, debe existir en el autor la ultraintención de infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, que se presentan como intenciones que exceden de querer realizar el tipo objetivo y constituyen lo que la doctrina llama un cortado delito de resultado, es decir que el sujeto realiza la conducta para que se produzca un resultado ulterior ya sin su intervención (7). El autor debe obrar para infundir un temor o desorden; sin ese propósito específico el delito desaparece (8). He aquí también una de las principales características que presenta este tipo de delitos, justamente porque si el autor de la intimidación, no obstante haber realizado alguna de las acciones descriptas en la norma y utilizado cualquiera de los medios reglados, tuvo únicamente el propósito de infundir temor o alarma respecto de un sujeto o varios individuos determinados, aun cuando se hubiese provocado el temor colectivo o desórdenes de cierta magnitud no se daría el encuadramiento típico (9). Es decir, los medios materiales deben haber sido empleados por el autor para provocar alguna de las finalidades que la norma enuncia (temor público, tumultos o desórdenes); si se los emplea con otra finalidad, el hecho no encuadra en esta figura (10).

Es bien cierto de lo dificultoso que se hace el solo pensar en la probabilidad de ingresar en la psiquis del agente para determinar cuáles han sido las reales intenciones de su proceder; y precisamente esa misión, desde nuestro enfoque, es casi un absurdo. De allí, la ultraintención a la que se hiciera referencia como elemento adicional al dolo deba extraerse —esencialmente— de las circunstancias objetivas de la acusa.

El delito se consuma con la realización de cualquiera de los comportamientos típicos, con prescindencia que la finalidad del autor se haya concretado. Parece poco probable, aunque para un sector de la doctrina el delito admitiría la tentativa, caso que se nos ocurre —en hipótesis de máxima y con las

reservas del tema— cuando se pretende infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes mediante la difusión por vía radial de noticias falsas y estas no trascendieron públicamente por razones ajenas al autor (corte de la transmisión por cuestiones climatológicas).

Finalmente, el legislador ha previsto una pena superior para el caso que el autor utilice explosivos, agresivos químicos o materiales afines.

Es bien cierto que este agravante tiene un carácter subsidiario, dada la expresa disposición legal, en cuanto y en la parte que importa expresa “siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública...”. Por ello, como lo enseña Tazza (11) es necesario que el empleo de tales medios no sea a la vez constitutivo de un delito contra la seguridad común, pues en tales casos, funciona la relación de subsidiariedad restringida que contiene esta forma penal, desapareciendo de la escena para dejar su espacio al tipo penal respectivo del Tít. VII del Cód. Penal.

### III. A modo de epílogo

El delito de intimidación pública se trata de una infracción de impronta pública. Y ello es así, dado que lo violentado no es el derecho a la tranquilidad o ánimo de un sujeto, sino el de toda una comunidad o parte de ella. Esa característica generaliza no solo está dada por la cualidad del destinatario de la intimidación, sino también porque necesariamente los comportamientos típicos al que refiere la norma deben necesariamente trascender públicamente sea ya por la cualidad intrínseca de la vía o medio utilizado, o por la forma o modo con el que el autor lo emplea (elemento objetivo), para que —finalmente— logre potencialmente producirse el temor, tumulto o desórdenes buscado (elemento subjetivo).

Ahora bien, esos elementos necesariamente deben estar presentes en el caso que se analice, dado que, de no ser así, como se ha dicho a lo largo de este ensayo la figura no sería aplicable.

Es esa última afirmación la que nos eleva a pensar y preguntarnos si quien crea un rumor en el que, pongamos por caso, refiere —cuando no es verdad— que un médico contrajo COVID-19 e infectó a sus compañeros de guardia en un determinado sanatorio de un municipio y —a raíz de ello— no se está cumpliendo con la asistencia clínica a los vecinos que lo demanden; y ese audio se manda vía WhatsApp solo a un amigo o a un grupo de amistades o familiares cuyos integrantes —de inicio— están determinados ¿comete el delito de intimidación pública? Animémonos a pensar —también— en la hipótesis que uno de los receptores —amigos de contactos— decide difundir la *fake news* —sin saber que esa información era falsa— a través de un canal de YouTube que este último tiene y allí sí, finalmente, la información se propaga sin límites ¿quién comete el delito en trato? ¿quién lo creó? ¿ambos?; o ¿únicamente quien —finalmente— lo divulgó?; o, que previo a que se haga pública en redes sociales —en los términos que requiere el enunciado normativo— esa noticia falsa fue detectada por lo que se ha decidido en llamar ciberpatrullaje ¿el creador del audio o quien lo pretendía hacer trascender comete el delito de intimidación pública?

El caso traído a modo de nota no hace otra cosa que adentrarnos en lo cotidiano, lo que sucede —a veces— a diario. Cuando se difunde entre familiares, amigos o grupo de trabajo un rumor uno podría pensar que es simplemente eso, un chismerío entre conocidos previamente determinados. Sin embargo, en la mayoría de los casos sucede que esos cuchicheos se extienden por distintas vías de divulgación (Internet, redes sociales y por qué no medios tradicionales de comunicación), pasando a ser —lo que en principio fue una fábula— una noticia o lo que se denomina “bulos” cuya divulgación termina llegando a miles de personas que toman por cierto tal o cual información de inicio inventada.

Las investigaciones que últimamente se han abierto respecto a este tema y de ello se ha encargado los medios periodísticos tradicionales de difusión como también los portales digitales despierta una alta preocupación, justamente porque nos invita a dejar atrás aquella creencia popular relacionada con la idea que difundir o reenviar un mensaje que contiene una broma, rumor o información falaz o simplemente no

chequeada no es tan grave. Sin embargo, la realidad tribunalicia nos dice otra cosa si se tiene en cuenta la cantidad de denuncias que se han impetrado en estos últimos tiempos a causa de la divulgación de noticias falsas que circulan por distintas redes sociales.

Los problemas hermenéuticos que conlleva esta figura no solo ocurren por lo intrínseco del tipo penal. Y ello es así, dado que se trata de un tipo penal abierto en el cual se establecen distintas indeterminaciones o falta de claridad en la descripción normativa. Debe adicionársele a ello las dificultades que pudieren surgir particularmente de la casuística.

De allí, consideramos que en este como en tantos otros delitos contemplados en el catálogo punitivo será el juez quien establezca —finalmente— las circunstancias de la infracción de acuerdo con su sana crítica racional para determinar si hubo o no delito, cerrando de tal modo el tipo penal. Tarea por demás reflexiva para decidir en el caso en el que sea llamado a resolver, y que lo obliga a decidir con suma prudencia el asunto.

THOMSON REUTERS  
LA LEY

Información confiable  
que avala tus argumentos.

## LANZAMIENTO TECNOLOGÍA INFORMÁTICA E INVESTIGACIÓN CRIMINAL



Hernán  
Blanco



1 tomo + eBook

La aplicación de la tecnología en la investigación criminal contribuye a una averiguación de los delitos más rápida, eficaz y segura.

Esta obra describe en detalle el modo en que inciden sobre la labor estatal de investigación criminal una serie de desarrollos tecnológicos, como el surgimiento de nuevas formas de comunicación mediante Internet, la encriptación, la esteganografía, las herramientas para procurar el anonimato en la red, las criptomonedas, la “Internet de las cosas”, el “Big data”, la inteligencia artificial, los algoritmos predictivos, los “programas espías” (“spyware”) y otras novedosas herramientas de vigilancia digital.

Analiza el estudio de controversias de orden legal y constitucional cuya importancia ya ha empezado a ponerse de manifiesto, y que están llamadas a ocupar un lugar central en la discusión jurídica durante la próxima década.

Adquirí la obra llamando al **0810-222-5253**  
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™  
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página  
de **LinkedIn** con **contenido**  
**específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey  
@TRLaLey  
ThomsonReutersLatam

### { NOTAS }

(7) D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., ob. cit., p. 1057.

(8) BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de derecho penal. Parte especial. 2”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., t. 2, p. 573.

(9) TAZZA, ob. cit., p. 572.

(10) CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 4ª ed., t. 2, p. 122.

(11) TAZZA, ob. cit.

Y todo ello así, por cuanto, desde nuestro enfoque, no es posible asignarle a la norma en trato un alcance mayor al que técnicamente tiene. En efecto, a trazo grueso juzgamos que únicamente podría subsumirse en el delito de intimidación

pública aquellas *fake news* que, sobre la base de alguno de los comportamientos típicos indicados en la norma, han trascendido públicamente (aspecto objetivo), con el propósito de causar alguno de los planes que el enunciado legal enumera

(aspecto subjetivo y ultraintención), siendo necesaria la incolumidad de toda la relación causal. Asignarle un alcance o flexibilidad mayor al tipo penal que el que aquí proponemos admitiría introducir un mayor riesgo con relación a los males que

se pretenden evitar (principio de legalidad o reserva penal).

Cita on line: AR/DOC/1580/2020



## BIBLIOGRAFÍA

**Título:** Prueba del abuso sexual infantil  
**Autor:** Julio C. Báez  
**Edición:** primera, 2020  
**Editorial:** Cátedra Jurídica, Buenos Aires

Palabras de presentación del autor: (\*)

*Prueba del Abuso Sexual Infantil*, cuya publicación confiara a la querida Editorial Cathedra Jurídica se nutre, aunque parcialmente, de la tesina de mi autoría evaluada en los claustros Académicos de la Universidad del Museo Social Argentino, el 7 de mayo de 2019. La benevolencia del jurado que la examinó y la calificó con 10 (diez), me permitió obtener título de “Especialista en Violencia Familiar”.

El exquisito posgrado que mencioné —donde contara con el estímulo desinteresado y valioso de quien me acompaña, desde hace tiempo, en mis correrías intelectuales en el campo nos convoca— no solo ahondó aún más mi interés en la perspectiva de género (el que cultivo desde hace tiempo) sino que ese oprobio,

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
(1) MARTEL, Frédéric, “Sodoma: Poder y escándalo en el Vaticano”, Roca Editorial, 2019.

que es la violencia familiar, fue abordado desde diferentes enfoques, los cuales han complementado el haz de luz normativo que se aplica en la función judicial.

El trabajo tiene como estación terminal la posibilidad de apuntalar o amplificar la credibilidad del relato del niño en delitos que, por su ontología, se desarrollan al amparo de la opacidad, al compás de la bruma oscura o de las penumbras; allí resulta difícil la recolección de testigos directos o la obtención de pruebas filmicas que constata la atrocidad que sufre la criatura.

La fiabilidad en los dichos del menor, con relación a esta pandemia, se asemeja a dos hermanas siamesas condenadas a vivir separadas y que volverán a juntarse espalda contra espalda.

Para ello, me he permitido despuntar diversos tópicos entre los que se encuentra el abuso sexual infantil desde el arco del tiempo; las condiciones generales de la niñez; la mirada somera de los derechos de los niños a la luz de la legislación trasnacional y local; el abuso sexual infantil desde el derecho represivo; los indicadores de abuso sexual; la respuesta curativa al abuso sexual infantil: la incidencia del tratamiento y su posible evolución; la prueba del abuso sexual infantil a la luz del sistema acusatorio; las dificultades probatorias en materia de abuso sexual infantil

y la incidencia de los testimonios y de los indicadores mencionados los cuales deben ser atados, como Ulises, al mástil del sistema de la sana crítica y a los principios constitucionales que rigen en un estado de derecho.

La gravedad de esta constelación de sucesos, sus proyecciones deleznable, han sido puestas de relieve por el Santo Padre quien —conociendo los alcances del libro “Sodoma. Poder y Escándalo en el Vaticano” de Frédéric Martel (1)— se ha expedido con relación al tópico que abordamos pontificando que millones de niños del mundo son víctimas de abusos sexuales y estamos delante de una manifestación del mal, descarada, agresiva y destructiva; “en estos casos dolorosos veo la mano del mal o del diablo que no perdona ni siquiera la inocencia de los pequeños; no se puede comprender el fenómeno de los abusos sexuales a menores sin tomar en consideración el poder”; los abusos sexuales a los niños son siempre la “consecuencia de la extralimitación del poder”, aprovechando una posición de inferioridad del indefenso que permite la manipulación de su conciencia y de su fragilidad psicológica y física.

Creo que la faena emprendida es un humilde aporte —una suerte de ola en el océano— encarrilado, desde un abordaje académico, a combatir uno de los sucesos más lascivos verificados a lo largo de la historia de la humanidad.

Finalmente, una dedicatoria: a mi querida y única tía —Graciela Inés— mi madrina, cuya alma pura y limpia retornara recientemente a los brazos del Creador, de manera imprevista y sorpresiva. Con tu lamentada e irreparable muerte, te llevaste parte de mi niñez y de mi adolescencia en la que estuviste presente en amplios segmentos; el recuerdo de ese inigualable espacio vivido, no hace más que brotar innumerables sentimientos y vivencias que se encuentran atesorados en mi retina y en mi corazón: su sola evocación, provoca una marea interior que logra fácilmente entrecortar mi voz y nublar mis ojos.

En su testamento espiritual, el recordado Cardenal Pironio, nos aconsejaba no llorar la partida del ser querido puesto que salimos del Padre y venimos al mundo y dejamos el mundo para volver con el Padre: si el grano de trigo cae en la tierra y muere entonces produce mucho fruto.

Ese fruto interminable que nos dejaste, antes de pasar a la eternidad, es el que podemos recoger de las enseñanzas talmúdicas donde, acudiendo a la voluntad de Dios, solo me permito pedir que todos los árboles que surjan de la maravillosa semilla que sembraste sean igual a vos.

Nunca te voy olvidar...

Cita on line: AR/DOC/1579/2020